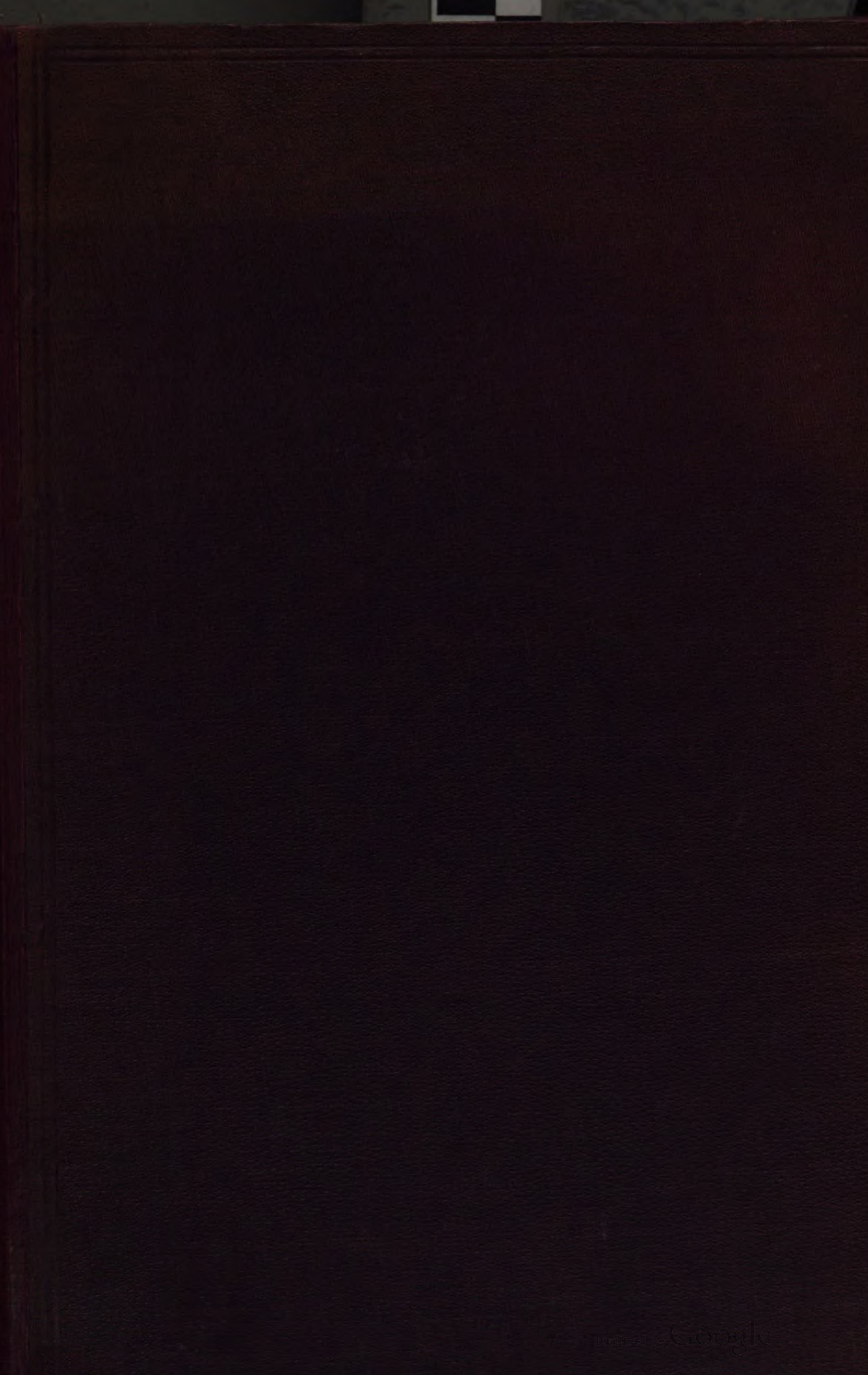






DAS

EDICTUM PERPETUUM.

EIN VERSUCH

ZU

DESSEN WIEDERHERSTELLUNG.

MIT DEM

FÜR DIE SAVIGNY-STIFTUNG AUSGESCHRIEBENEN PREISE GEKRÖNT.

VON

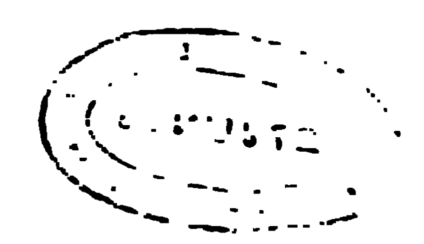
DR. OTTO LENEL,

ORD. PROFESSOR DES RÖMISCHEN RECHTS ZU KIEL.



VERLAG VON BERNHARD TAUCHNITZ

LEIPZIG 1883.



ALOIS VON BRINZ

UND

BERNHARD WINDSCHEID

IN DANKBARER VEREHRUNG

ZUGEEIGNET.

Vorwort.

Die Arbeit, die ich hiemit der Oeffentlichkeit übergebe, ist veranlasst durch ein Preisausschreiben, das die Kgl. baierische Akademie der Wissenschaften seiner Zeit für die Savigny-Stiftung erlassen hat. Es war darin die Aufgabe gestellt, die Formeln des edictum perpetuum (Hadriani) in ihrem Wortlaut und ihrem Zusammenhange nach Möglichkeit wiederherzustellen; als wesentlichstes Hilfsmittel zur Lösung dieser Aufgabe waren in dem Ausschreiben selbst die Edictcommentare bezeichnet[1]). Mein Plan ging indess von Anfang an nicht unwesentlich über dies gesetzte Ziel hinaus. Frühere Studien im Gebiet der Edictcommentare hatten mir die Ueberzeugung verschafft, dass die bei deren Durchforschung zu gewinnenden Ergebnisse nicht ausschliesslich oder auch nur vorzugsweise der Reconstruction der Formeln zu Gute kommen würden, ja ich war sogar geneigt, das in letzterer Hinsicht wirklich zu Erreichende zu unterschätzen. So richtete ich denn von vornherein mein Augenmerk auf eine Restitution des edictum perpetuum im Ganzen. Ferner aber glaubte ich, die Durcharbeitung der Edictcommentare nicht als blosses Mittel zum Zweck betreiben zu sollen. Ich war bestrebt, mir, wo möglich, über die ursprüngliche Beziehung jedes einzelnen erhaltenen Fragments dieser Werke klar zu werden, und habe, was ich hier fand, meinem Buche einverleibt, auch wo es für den Reconstructionszweck ohne Erheblichkeit ist. Dasselbe enthält daher eine vollständige Palingenesie der Commentare des Ulpian, Paulus und Gaius, wie auch der Digesten Julians, soweit dieselben dem Edictsystem folgen; man wird unter jeder Rubrik die zugehörigen Bruchstücke dieser Werke zusammengestellt und, wo der ursprüngliche Zusammenhang nicht ohne Weiteres klar ist, denselben, sei es in den Noten sei es im Text, angedeutet finden[2]).

1) Den Wortlaut s. in der Zschr. der Sav.-Stiftung für R. G. I S. XX.

2) Behufs Erleichterung des Nachschlagens habe ich S. 447 ein Verzeichniss der von mir für fehlerhaft gehaltenen Inscriptionen zusammengestellt. Ich bitte, jeweils zuerst dort nachzusehen, ob die in den Digesten überlieferte Inscription von mir beibehalten ist, und alsdann in der Uebersicht des Edicts (S. xvi fgg.) die §§ aufzusuchen, auf welche die richtige Inscription Bezug hat.

Die gegenwärtige Gestalt des Buchs ist, von einigen Verbesserungen abgesehen, im Wesentlichen dieselbe, in der es der Kgl. baierischen Akademie vorlag. Zu Abänderungen von grösserer Tragweite würde ich, wenn ich das Werk jetzt nochmals einzureichen hätte, nur an einer einzigen Stelle Anlass nehmen. Ich habe S. 19 fgg. den Kern des Edicts in einen Abschnitt von der ordentlichen und einen solchen von der ausserordentlichen Rechtshilfe zerlegt; nach nochmaliger Prüfung meines Beweismaterials halte ich dafür, dass ich es ruhig hätte wagen können, statt dieser (in diesem Sinne unrömischen) Ausdrücke zu setzen: Rechtshilfe kraft iurisdictio und Rechtshilfe kraft imperium. Ein Zweifel darüber, dass auch die iudicia recuperatoria unter letztern Begriff gehören, scheint mir nicht statthaft. Ich habe daher wenigstens den Ueberschriften der § 2 und 3 des ersten Teils (S. 25. 33) in Klammer die Worte iurisdictio und imperium beigefügt.

Hinsichtlich der Principien, von denen ich bei der Reconstruction ausging, glaubte ich in einem Hauptpunkte von Rudorff abweichen zu müssen: ich halte unbedingt und durchweg daran fest, dass jede Reconstruction wertlos ist, der es an einer quellenmässigen Basis fehlt. Auch Rudorff folgt diesem Grundsatz, so weit es sich um die Edicte handelt; aber er verlässt ihn bei der Reconstruction der Formeln. „Mihi igitur“, sagt er[1]), „cum persuasum habeam in formulis ordinariis summam rei positam esse, ... uisum fuit in hac parte audendum non nihil esse“, und so hat er denn in der Tat eine grosse Menge von Formeln frei erfunden. Das Bedenkliche dieses Verfahrens liegt auf der Hand. Je wichtiger die Kenntniss des Originalwortlauts der Formeln für uns ist, desto grössere Zurückhaltung ist bei der Reconstruction geboten, desto unerlaubter also ein „audere non nihil“[2]). Ich habe daher auch die Formeln, sei es ganz sei es teilweise, nur da reconstruirt, wo sich für diese Reconstruction Anhaltspunkte in den Quellen fanden[3]). Dass ich mich nicht immer auf blosse Anführung dieser Anhaltspunkte beschränkte, sondern eigentliche Reconstructionen versuchte, bei denen es ganz ohne Hypothesen nicht abgeht, wird mir hoffentlich nicht zum Vorwurf gemacht werden: eine solche Reconstruction gewährt ein anschauliches Gesammtbild der zerstreut gefundenen Ergebnisse und ist überdies, wenn sie in einleuchtender Weise gelingt, eine Art Probe auf die Richtigkeit dieser Ergebnisse. Einen hierüber hinausgehenden Wert beanspruche ich für diese Versuche nicht.

1) E. P. (mit diesen Buchstaben citire ich Rudorffs de iurisdictione edictum 1869) p. 2. Vgl. denselben, Zschr. f. R. G. III S. 52.

2) Vgl. meine Abh. in der Zschr. der Sav.-Stiftung roman. Abteil. II S. 15 fg., wo ich mich über Rudorffs Verfahren bereits hinreichend ausgesprochen habe.

3) Nur vereinzelt bin ich hievon zu kritischem Zwecke abgewichen: ich glaubte bisweilen, eine von Andern vorgeschlagene Reconstruction am schlagendsten dadurch widerlegen

Ein Bedenken gegen Rudorff meine ich hier noch besonders hervorheben zu sollen. In sehr vielen Fällen ist uns das Edict, auf Grund dessen eine actio erteilt wurde, erhalten oder doch wiederherzustellen, während über die Conception der Formel nichts überliefert ist. Die Tatsache ist begreiflich genug, da ja gerade die auf die Formeln bezüglichen Abschnitte der classischen Edictcommentare für die Compilatoren Justinians grossenteils unpraktisches Material enthielten und daher notwendig stark beschnitten werden mussten. Nichts ist hier nun leichter, als vermöge einiger stilistischer Umänderungen und eines vorausgestellten si paret aus dem überlieferten Edict eine formula in factum concepta zu gewinnen, und wirklich sind auf diesem Wege eine erkleckliche Zahl Rudorff'scher Formeln entstanden. Ich habe in solcher Lage grundsätzlich der Versuchung, die Formel zu reconstruiren, widerstanden. Der Edictstext kann nämlich keineswegs als eine bis ins Detail zuverlässige Anleitung für die Herstellung des Formeltexts gelten. Selbst unter den wenigen Beispielen, wo wir im Stande sind, den authentischen Edictstext mit dem authentischen Formeltext zu vergleichen, ist mehr als eines, wo dieser von jenem abweicht. Das Edict de in ius uocando in fr. 4 § 1 h. t. (2. 4) hat die Worte „*in ius sine permissu meo ne quis uocet*": die entsprechende Formel bei Gai. IV 46 hat „*s. p. . . . contra edictum illius praetoris in ius uocatum esse*". Das Edict über das Depositum hat „*quod . . . . depositum sit*", die in factum concipirte Formel bei Gai. IV 47 fügt hinzu „*eamque dolo malo* N^{i} N^{i} A^{o} A^{o} *redditam non esse*". Das Injurienedict „*ne quid infamandi causa fiat*" ist generell gefasst, die Formel[1]) spezialisirt die Injurie. Diese Exempel liessen sich leicht vermehren. Zugegeben, dass es sich hier überall nur um kleine Abweichungen vom Edictstext handelt, so sind es doch zweifellos gerade diese kleinen Abweichungen, um deren willen es für uns von Wert ist, neben dem Edictstext auch den Formeltext sicher überliefert zu besitzen. Was soll uns also eine Reconstruction, die in dem einzigen Punkt, wo sie von Interesse sein könnte, — hinsichtlich der Frage nämlich, ob die Formel das Edict copirt oder nicht, — ohne Zuverlässigkeit ist? Ganz gewiss ist hier der Wissenschaft durch Ausübung der ars ignorandi besser gedient.

Innerhalb der im Obigen gesteckten Grenzen halte ich den Versuch, dem Wortlaut der Edicte und Formeln nachzuspüren, für ein die Wissenschaft förderndes Unternehmen und rede nicht bloss pro domo, wenn ich der neuerdings von Wlassak[2]) aufgestellten entgegengesetzten Meinung entschieden widerspreche. Wlassak gibt zu, dass die Auffindung eines echten Exemplars

zu können, dass ich zeigte, wie sie besser zu machen sei. Es versteht sich, dass ich solchen Falls meiner eigenen Reconstruction keinen positiven wissenschaftlichen Wert beilege.

1) Coll. II 6 § 1. 5. S. unten S. 323.

2) Edict und Klageform (1882) S. 4 fg.

des prätorischen Albums unsere Kenntniss des römischen Rechts sehr wesentlich erweitern würde. Mit den reconstruirten Formeln verhalte sich dies aber anders; diese seien ja doch nur unsere eigenen, mit Hilfe der Quellen erzeugten Geschöpfe, und es heisse sich im Kreise bewegen, wenn man mit Zugrundelegung derartiger Klageformeln einen Quellentext interpretiren wolle. Ich kann diese Bemerkung in keiner Weise für zutreffend halten. In sehr vielen Fällen ist es möglich, den wesentlichen Wortlaut verloren gegangener Edicte und Formeln aus den Commentaren bis zu völliger Evidenz nachzuweisen: hier hat die Reconstruction offenbar denselben Wert wie die authentische Ueberlieferung. Aber auch wo die Wiederherstellung es nur bis zur Wahrscheinlichkeit bringt, steht sie doch an wissenschaftlichem Wert jeder andern wahrscheinlichen Hypothese gleich und darf daher auch wie diese zur Interpretation zweifelhafter Quellentexte verwendet werden. Den Zirkel, von dem Wlassak spricht, vermag ich nicht zu entdecken. Gelingt es, einem Commentarabschnitt die Worte abzusehen, die seine Unterlage bilden, so scheint mir einleuchtend, dass die gewonnene Erkenntniss für das Verständniss dieses Commentarabschnitts selber förderlich sein muss, und nicht bloss dieses Commentarabschnitts, sondern möglicher Weise auch für das anderer Quellenzeugnisse. Sollte z. B. die Feststellung, dass die Formel der hereditatis petitio den Beklagten als pro herede aut pro possessore possidens bezeichnete, für die Interpretation der auf diese Worte bezüglichen Commentarabschnitte, überhaupt aber für die Einsicht in die hier von der Passivlegitimation geltenden Grundsätze unerheblich sein?

Die von mir gewählte Anordnung des Stoffs ist folgende. Ich gebe zunächst (S. xvi fgg.) zum Zweck der Orientirung, auf Grund der gefundenen Ergebnisse, eine Uebersicht des Edicts nach Titeln und Unterrubriken, denen ich die Ziffer der auf sie bezüglichen Bücher der vier grossen Edictswerke beifüge. Hieran schliesst sich als erster Teil des Werks eine Abhandlung über das Edictsystem in vier Kapiteln. Das erste einleitende handelt von den Hilfsmitteln für die Feststellung der Materienfolge des Edicts. Das zweite betrachtet das Edict als Ganzes und beantwortet die Frage, ob dasselbe als Codification eines bestimmten Rechtsteils gelten kann. Das dritte stellt die Hauptabschnitte des Edicts nach Umfang und Charakter fest. Das vierte verfolgt das Edictsystem im Detail, den Zusammenhang der einzelnen Titel und der Rubriken innerhalb der Titel. Der zweite Teil des Werks enthält in einer Reihe von Excursen (§§) alles auf die Reconstruction der Edicte und Formeln Bezügliche. Auf den ersten Blick scheint es natürlicher, diese Excurse, deren Ergebnisse dem ersten Teil zu Grunde liegen, diesem vorausgehen zu lassen. Allein es blieb mir zu bedenken, dass auch die Ausführungen

über System und Titel des Edicts ihrerseits mehr als einmal für die im besondern Teil aufgestellten Vermutungen präjudiciell sind, insofern sie die Wahrscheinlichkeit dieser Vermutungen erhöhen oder sie doch gegen den Vorwurf der Unwahrscheinlichkeit schützen. Ich hätte also, wenn ich den besondern Teil vorausnahm, an sehr vielen Stellen auf die allgemeinen Ausführungen vorgreifen müssen, was für den Leser weit unbequemer gewesen wäre, als die Zumutung, sich bei der Lectüre des allgemeinen Teils, soweit notwendig, durch Nachschlagen in den Excursen über die Authenticität der von mir aufgestellten Rubriken zu vergewissern.

Die vier grossen Edictswerke — Ulpian. ad edictum, Paul. ad edict., Gai. ad ed. prouinc., Iulian. digesta — sind durchweg nur mit den Namen der Juristen citirt. Wo die Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte angeführt ist, ist deren romanistische Abteilung gemeint. In den wiederhergestellten Edicten und Formeln habe ich die eigentlich reconstruirten Stücke, für deren Wortlaut nicht bis ins Einzelne eingestanden werden kann, cursiv drucken lassen. Ebenso sind auch diejenigen Titel und Rubriken, die ich nicht in den Digesten oder sonst wo in den Quellen vorgefunden habe, cursiv gedruckt; doch bemerke ich ausdrücklich, dass damit keine Garantie übernommen sein soll, dass die übrigen Titel und Rubriken sämmtlich wörtlich so im Album standen[1]). Eine derartige Feststellung ist nur bei verhältnissmässig wenigen Titeln und Rubriken möglich, wo dies immer ausdrücklich angemerkt ist. Hinsichtlich vieler andern ist es zwar wahrscheinlich, aber nicht strict zu beweisen, dass sie von den classischen Juristen, denen die Compilatoren sie entnahmen, aus dem Album copirt sind. Bei den Literaturcitaten habe ich es nicht auf Vollständigkeit abgesehen. Die Anlage eines Museums aller der Erzeugnisse, die der Reconstructionstrieb in zahllosen Doctordissertationen und andern Schriften zu Tage gefördert hat, dürfte von keinem wissenschaftlichen Interesse sein. Das wirklich Wertvolle in der Literatur aufzusuchen und zu benutzen war ich eifrig bestrebt. Gleichwohl fürchte ich, Manches übersehen zu haben: ein derart an tausend Orten zerstreutes Material in Vollständigkeit zu sammeln, wäre ohne jahrelange speziell darauf gerichtete Vorarbeit nicht möglich gewesen, eine Vorarbeit, deren Ergebnisse schwerlich mit der aufgewandten Mühe im Verhältniss gestanden hätten. Zu spät zur Benutzung kam mir die zweite Auflage der Brinz'schen Pandekten II² und arch. giurid. XXIX¹ zu; das erstere Werk habe ich in den umstehend folgenden

1) Mitunter ist das Gegenteil sicher, so z. B. bei den Rubriken de hereditatis petitione possessoria und fideicommissaria, die im Album in dieser Fassung sinnlos gewesen wären.

Nachträgen in einigen Punkten berücksichtigt. Der Revision der Quellencitate habe ich besondere Sorgfalt gewidmet; man wird, wie ich hoffe, Fehler hier nur vereinzelt finden.

Zum Schlusse sei mir gestattet, der Kgl. baierischen Akademie der Wissenschaften für die hohe Ehre, deren sie dies Buch gewürdigt, und ihrem Referenten, Herrn Prof. von Brinz, für die so wohlwollende Begutachtung desselben an dieser Stelle meinen warm empfundenen Dank auszusprechen.

Kiel, im Februar 1883.

Der Verfasser.

Nachträge und Berichtigungen.

S. 72 unter Ziff. 3 g. E. muss es statt cautio de rato heissen: cautio iudicatum solui.

S. 92 n. 4: statt fr. 9 l. fr. 14.

S. 127 i. M. ist zu fr. 16 pr. de interrog. (11. 1) hinzuzufügen fr. 5 eod., wo Gaius von einer interrogatio „an in potestate habeat eum, cuius nomine noxali iudicio agitur," spricht. Auch hier bezeichnet potestas m. E. nicht, wie in fr. 21 § 2 de nox. act., die factische Gewalt, sondern das rechtliche Gewaltsverhältniss. Gaius hatte hier nicht bloss Sklaven, sondern auch Hauskinder im Auge und musste daher, wie in seinen instit. IV 77, einen indifferenten Ausdruck wählen. Uebrigens möchte ich mich nicht darauf steifen, dass eine interrogatio auch im Sinne des fr. 21 § 2 cit. gar nicht hätte vorkommen können (s. auch arg. fr. 9 § 8 de interrog.). Worauf es mir wesentlich ankommt, ist nur, dass eine solche interrogatio, wenn sie gestellt wurde, in ihrer Bedeutung von der nach dem rechtlichen Gewaltsverhältniss sehr verschieden war, dass namentlich die bejahende Antwort auf jene Frage niemals einer formula interrogatoria zu Grunde lag, sondern lediglich Zwang zum noxae dedere oder zur Uebernahme des gewöhnlichen iudicium noxale im Gefolge hatte. Und ferner halte ich daran fest, dass das Edict in fr. 21 § 2 cit. keine interrogatio voraussetzt; dasselbe handelt von der Bestreitung einer Behauptung (si is, in cuius .... dicetur, negabit), nicht von der Antwort auf eine Frage.

S. 178 i. M. bitte ich, die in eckige Klammern eingeschlossene Bemerkung zu streichen. Ich habe hier bei der Correctur nichts ändern wollen, weil auf die betreffenden Ausführungen bereits bei Brinz, Pandekten (2. Aufl.) § 324 n. 48, Bezug genommen war.

S. 195 n. 1 hätte ich noch anführen können, dass in fr. 3 § 1 de usur. (22. 1) einmal die iudicia arbitraria im Allg. erwähnt sind.

S. 201. Die hier verteidigte Fassung der formula in factum concepta wird von Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 318 n. 20, bestritten; m. E. ist dieselbe durch die von mir angeff. Quellenzeugnisse bewiesen. Das von Brinz angezogene Gegenargument aus fr. 20 § 2 de pign. act. (13. 7), einem aus dem Zusammenhang gerissenen Satz, ist an sich nicht stark und wird zudem durch c. 3 de luit. pign. (8. 30) entscheidend widerlegt.

S. 202 n. 2 (vgl. S. 31). Die Stellung der Rubrik de compensationibus im System ist nicht ganz sicher. Wäre gewiss, was ich für wahrscheinlich halte, dass Ulp. 28 fr. 43 pr. de R. I. (50. 17) zu dieser Rubrik gehört, so würde dies dafür sprechen, dass die compensatorische Klage vor der actio commodati — Ulp. 28 fr. 43 § 1 de R. I. vgl. S. 200 n. 2 — stand, hinter der actio de pecunia constituta, als dritte prätorische Klage de certa pecunia.

S. 213 n. 3. Das hier gerügte Missverständniss ist bei Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 327b n. 2, verbessert.

S. 222 unten. Die hier erwähnte demonstratio ist in Präscriptionsgestalt zu denken. Keller, C. Pr. n. 478.

S. 225 n. 9. Hier hätte noch fr. 9 § 8 de interrog. (11. 1) herangezogen werden sollen. In dieser Stelle, die im Gedanken an das

Edict des fr. 21 § 2 de noxal. act. (9. 4) geschrieben ist, ist das Wort potestas freilich im Sinn nicht von rechtlicher, sondern von tatsächlicher Gewalt gebraucht (vgl. S. 125 n. 1). Immerhin aber scheint mir das Fragment dafür zu sprechen, dass in der Formel der actio de peculio kein wörtliches „qui in N[i] N[i] potestate est“ vorkam, sondern statt dessen wohl nur: N[i] N[i] seruum oder filium.

S. 229 n. 8. Wie Bekker, auch Keller, C. Pr. n. 351.

S. 252 n. 5. Das Citat „fr. 19 de excus. 27. 1) cf. 3 i. f. de adm.“ sollte in n. 2 stehen.

S. 281. Zur Fassung der formula Fabiana und Caluisiana vgl. schol. Bas. XLII, 1. 16 § 6 (Heimb. IV p. 201): *ἴμφακτοι* (in factum) *δὲ αὖται*.

S. 363. Zur Erläuterung des über fr. 2 § 4 quod legat. Gesagten füge ich noch bei. Die Stelle geht von dem Grundsatz aus, dass die Frage, wer im Sponsionsprozess Recht habe, nach dem Stand der Dinge zur Zeit des interdictum redditum zu beantworten sei, und sucht daher die Voraussetzungen festzustellen, unter denen interdictum teneat. In diesen Zusammenhang gehört namentlich auch der Schluss der Stelle, wo gesagt ist, dass das Interdict auch dann „tenet“, wenn der bonorum possessor noch eben im Moment des interdictum editum cautionsbereit sei. Auf die Zeit nach Erlass des Interdicts ist mit keinem Wort reflectirt, was gewiss der Fall wäre, wenn der Jurist hier die formula arbitraria behandelt hätte.

Inhaltsverzeichniss.

Uebersicht des Edicts.

Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Iul.	Seite
	23.	: De eo, per quem factum erit, quo minus quis uadimonium sistat.					67
	24.	: *Quibus ex causis uadimonia recuperatoribus suppositis fiant.*					68
VIII.		: De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus.	8-10	8. 9	3	3	70
	25.	: *Qui ne dent cognitorem.*	8	8	3		73
	26.	: *Qui ne dentur cognitores.*	8		3		74
	27.	: *De cognitore ad litem suscipiendam dato.*	8	8	3		77
	28.	: *De cognitore abdicando uel mutando.*	9	8	3		77
	29.	: *Ut alieno nomine sine mandatu agere non liceat.*	9	9	3		78
	30.	: *Quibus alieno nomine, item per alios agere non liceat.*	9	9			79
	31.	: *Quibus municipum nomine agere liceat.*	9	9			80
	32.	: *De defendendo eo, cuius nomine quis aget, et de satisdando.*	9	9	3	3	81
	33.	: *Quod aduersus municipes agatur.*	10		3		81
	34.	: Quod cuiuscumque uniuersitatis nomine uel contra eam agatur.	10	9	3		82
	35.	: De negotiis gestis.	10	9	3	3	83
IX.	36—38.	: De calumniatoribus.	10	10	4		86
X.		: De in integrum restitutionibus.	11-13	11. 12	4	4	90
	39.	: Quod metus causa gestum erit.	11	11	4	4	90
	40.	: De dolo malo.	11	11	4	4	92
	41.	: De minoribus XXV annis.	11	11	4	4	93
	42.	: De capite minutis.	12	11	4		94
	43.	: Ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur.	12	12	4	4	96
	44.	: Quod falso tutore auctore gestum (?) esse dicatur.	12	12	4		99
	45.	: ? ?	13	12	4		100
	46.	: De alienatione iudicii mutandi causa facta.	13	12	4		101
	47.	: *De restitutione heredum?*	13	12			102
XI.		: De receptis.	13. 14	13	5	4	103
	48.	: Qui arbitrium receperint, ut sententiam dicant.	13	13	5	4	103
	49.	: Nautae caupones stabularii ut recepta restituant.	14	13	5		104
	50.	: *Argentariae mensae exercitores quod pro alio solui receperint ut soluant.*	14	13	5		104
XII.	51.	: *De satisdando.*	14	14	5		105
XIII.	52.	: *Quibus causis praeiudicium fieri non oportet.*	14	15. 16			110
XIV.		: De iudiciis *omnibus*.	22. 23	17. 18	5. 6	8(?). 9	113
	53.	: De interrogationibus in iure faciendis.	22	17			113
	54.	: De iureiurando.	22	18	5	9	116
	55.	: *Si cum eo agatur, qui incertum promiserit.*	22	18			118
	56.	: *In bonae fidei iudiciis quemadmodum praescribatur* (?).	23	18		8 (?)	121
	57.	: *Si incertum condicatur* (?).				8 (?)	121
	58.	: De noxalibus actionibus.	23	18	6	9	124

Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Iul.	Seite
XV.		: *De his quae cuiusque in bonis sunt.*	15-24	19-26	6-8	6-9	129
	59.	: De Publiciana in rem actione.	16	19	7	7	129
	60.	: De his qui deiecerint uel effuderint.	23	19	6		132
	61.	: Ne quis in suggrunda protectoue id positum habeat, cuius casus nocere possit.	23				133
	62.	: De seruo corrupto.	23	19	6	9	134
	63.	: De aleatoribus.	23	19			135
	64.	: *Si iudex litem suam fecerit.*	23				135
	65.	: Si hereditas petatur.	15	20	6	6	137
	66.	: Si pars hereditatis petatur.	15		6		140
	67.	: De hereditatis petitione possessoria *et ceteris actionibus possessoriis.*	15	20	6		141
	68.	: De fideicommissaria hereditatis petitione *et utilibus actionibus.*	16	20			143
	69.	: De rei uindicatione.	16. 17	21	7	6. 7	145
	70.	: Si ager uectigalis petatur.	17	21			146
	71.	: *Si praedium stipendiarium uel tributarium petatur.*	17				148
	72.	: Si usus fructus petatur uel ad alium pertinere negetur.	17	21	7	7	148
	73.	: Si seruitus uindicetur uel ad alium pertinere negetur.	17	21	7	7	151
	74.	: *De modo agri.*	18	21		7	153
	75.	: Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur.	18	22	7		154
	76.	: *De pastu pecoris.*	18				156
	77.	: Ad legem Aquiliam.	18	22	7	86	156
	78.	: *In factum aduersus nautas caupones stabularios.*	18	22			161
	79.	: Finium regundorum.	19	23	7	8	166
	80.	: Familiae erciscundae.	19	23	7	8	162
	81.	: Communi diuidundo.	19	23	7	8	164
	82.	: *De utili communi diuidundo iudicio.*	20	24			166
	83-88	: *De fideiussore et sponsore.*	20-22	24. 25	8	88.89?	167
	89.	: Si mensor falsum modum dixerit.	24	25			172
	90.	: Ad exhibendum.	24	26		9	172
XVI.		: De religiosis et sumptibus funerum.	25	27	19	10	179
	91.	: *Si quis mortuum in locum alterius intulerit uel inferre curauerit.*	25	27	19		179
	92.	: *Si quis mortuum inferre prohibitus esse dicetur.*	25	27	19		180
	93.	: De sepulchro uiolato.	25	27		10	181
	94.	: De sumptibus funerum.	25	27	19	10	182
XVII.		: De rebus creditis.	26-28	28. 29	9	10. 11	184
	95.	: Si certum petetur (a. *certa pecunia;* b. *certa res*).	26. 27	28	9	10	184
	96.	: De eo quod certo loco dari oportet.	27	28	9		191
	97.	: De pecunia constituta.	27	29		11	196
	98.	: Commodati uel contra.	28	29	9	11	200
	99.	: De pigneraticia actione uel contra.	28	29	9	11	201
	100.	: De compensationibus.	28		9		202
XVIII.		: *Quod cum magistro nauis, institore eoue, qui in aliena potestate erit, negotium gestum erit.*	28. 29	29. 30	9	11. 12	203

Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Iul.	Seite
	237.	: Ne quid in loco publico uel itinere fiat. *Quod in itinere publico factum erit, ut restituatur.*	68	64		48	367
	238.	: Ut uia publica *itinereue publico* ire agere liceat.	68				368
	239.	: De loco publico fruendo.	68				368
	240.	: De uia publica et itinere publico reficiendo.	68				368
	241.	: Ne quid in flumine publico ripaue eius fiat, quo peius nauigetur. *Quod factum erit, ut restituatur.*	68				368
	242.	: Ne quid in flumine publico *ripaue eius* fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit. *Quod factum erit, ut restituatur.*	68				369
	243.	: Ut in flumine publico nauigare liceat.	68				369
	244.	: De ripa munienda.	68				370
	245.	: Unde ui.	69	65	25	48	370
	246.	: *Ne uis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus erit.*	69	65			377
	247.	: Uti possidetis.	69. 70	65	25		377
	248.	: A quo fundus petetur, si rem nolit defendere.	70				381
	249.	: De superficiebus.	70		25		383
	250.	: De itinere actuque priuato.	70	66		48	383
	251.	: De aqua cottidiana et aestiua.	70				384
	252.	: De riuis.	70	66			385
	253.	: De fonte.	70				385
	254.	: De cloacis.	71				386
	255.	: *A quo seruitus petetur siue ad eum pertinere negabitur, si rem nolit defendere.*					386
	256.	: Quod ui aut clam factum erit, ut restituatur.	71	67		48	387
	257.	: *Si opus nouum nuntiatum erit.*	71			49	388
	258.	: De precario.	71		26	49	389
	259.	: De arboribus caedendis.	71		26		390
	260.	: De glande legenda.	71				390
	261.	: De homine libero exhibendo.	71				390
	262.	: De liberis exhibendis, item ducendis.	71				391
	263.	: De liberto exhibendo.		67 (?)			391
	264.	: Utrubi.	72	68	26		391
	265.	: De migrando.	73		26		392
	266.	: *Saluianum interdictum.*	73				393
	267.	: *Seruiana et quasi Seruiana formula.*	73	68	26	49	395
	268.	: Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.	73	68	26	49	398
XLIV.		: De exceptionibus.	74-76	69-71	29. 30	50. 51	399
	269.	: Si quis *uadimoniis* non obtemperauerit.	74	69	29		400
	270.	: *Litis diuiduae et residuae.*					400
	271.	: *Si alieno nomine agatur (exceptiones cognitoriae, procuratoriae, tutoriae, curatoriae).*	74			50	401
	272.	: *Si ex contractibus argentariorum agatur.*	74	69	29 (?)		401
	273.	: *Temporis.*	74				403
	274.	: *Ne praeiudicium hereditati fundoue fiat.*	75			50	403
	275.	: Rei iudicatae *uel in iudicium deductae.*	75	70	30	51	403
	276.	: Rei uenditae et traditae.	76	71 (?)			405

Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Iul.	Seite
	277.	: Doli mali et metus.	76	71	30	51	405
	278.	: Quarum rerum actio non datur.	76	71	30		405
	279.	: Si quid contra legem senatusue consultum factum esse dicetur.	76	71		51	406
XLV.		: De stipulationibus praetoriis.	77-81	72-78	27. 28	52-58	407
	280.	: *Uadimonium sisti.*	77			55	408
	281.	: Pro praede litis et uindiciarum.	77	74	27	55	409
	282.	: Iudicatum solui.	78	75 (?)	27		416
	283.	: *De conferendis bonis et dotibus.*	79				418
	284.	: Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.	79	75			419
	285.	: Euicta hereditate legata reddi.	79	75			419
	286.	: Usufructuarius quemadmodum caueat.	79	75			420
	287.	: Ut legatorum seruandorum causa caueatur.	79	75	27		421
	288.	: Rem pupilli uel adulescentis saluam fore.	79	76	27		422
	289.	: Ratam rem haberi.	80	76		56	423
	290.	: *De auctoritate.*	80. 81	76. 77	28	57. 58	423
	291.	: Ex operis noui nuntiatione.	81				431
	292.	: De damno infecto.	81	78	28	58	433

Edictum aedilium curulium.

Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Iul.	Seite
I.	293.	: De mancipiis uendundis.	1 (82)	1. 2 (79. 80)	1. 2 (31. 32)		435
II.	294.	: *De iumentis uendundis.*	2 (83)	2 (80)			444
III.	295.	: *De feris.*	2 (83)	2 (80)			444
	296.	: *Stipulatio ab aedilibus proposita.*	2 (83)	2 (80)	2 (32)		445

ERSTER TEIL.

DAS EDICTSYSTEM.

Erstes Kapitel.

Einleitung:

Die Feststellung der Materienfolge im Edict.

Das wichtigste, ja fast das einzige Hilfsmittel für die Feststellung der Ordnung, in welcher die Materien im Edict einander folgten, bilden die in den Digesten erhaltenen Inscriptionen der vier grossen Edictswerke: der Commentare des Ulpian, Paulus, Gaius und der Digesten Julians. Zwar fehlt es nicht an andern Werken aus classischer und nachclassischer Zeit, die sich ebenfalls an das Edictsystem anlehnen: ich meine die Commentare des Callistratus und des Furius Anthianus, die sententiae des Paulus, die opiniones Ulpians, die quaestiones Papinians, die iuris epitomae des Hermogenian. Allein diese Werke sind zum Teil so fragmentarisch erhalten, dass sie nur eine untergeordnete Unterstützung für unsern Zweck gewähren können; bei denen aber, die vollständiger überliefert sind, ist die Anknüpfung an das Edictsystem eine so oberflächliche, dass, wie einerseits zahlreiche edictale Materien unerörtert bleiben, so andererseits bei jeder Gelegenheit hundert dem Edict fremde Gegenstände in den Kreis der Besprechung hineingezogen werden, eine Tatsache, wodurch diese Werke ebenfalls in die Reihe der Hilfsmittel zweiten und dritten Rangs zurücktreten.

Die Inscriptionen jener vier Werke also bilden für uns die Grundlage der Reconstruction des Systems. Wo dieselben übereinstimmend die gleiche Ordnung der Materien bekunden, darf als sicher vorausgesetzt werden, dass diese Ordnung die des Edicts selber war. Zwar ist uns der enge Anschluss an das Edictsystem in den Commentaren selbst nur ganz vereinzelt ausdrücklich bezeugt[1]). Allein gewiss ist in Werken commentirender Natur eine solche Unterordnung unter die Vorlage an sich das weitaus wahrscheinlichste und mehr als bloss wahrscheinlich da, wo mehrere von einander unabhängige[2]) Werke dieser Art in der äussern Anordnung mit einander übereinstimmen.

Oft stellen die Inscriptionen nur fest, dass eine Anzahl bestimmter Materien im Edict an dem oder jenem Platze standen, lassen es aber zweifelhaft,

1) Vgl. z. B. Ulp. 15 fr. 1 de poss. h. p. (5. 5), Ulp. 16 fr. 1 de fideic. h. p. (5. 6), fr. 1 pr. de R. V. (6. 1), Ulp. 35 fr. 5 § 3 de legit. tut. (26. 4), Ulp. 46 fr. 1 si tab. test. nullae (38. 6), Ulp. 69 fr. 1 § 4 uti poss. (43. 17).

2) Die Annahme, dass eines derselben, etwa Julians Digesten, allen andern hinsichtlich der Anordnung des Stoffs zum Vorbild gedient habe, wird durch die gleich nachher zu besprechenden Abweichungen im System widerlegt.

in welcher Ordnung dieselben aufeinanderfolgten: so sind z. B. die drei iudicia diuisoria in sämmtlichen Edictswerken in demselben Buch vereinigt. Alsdann ist der sicherste Leitstern die Ordnung, die wir in den Digesten finden. Die Titel der Digesten sind, wenn auch mit mehr Freiheit als die der Commentare, doch im Ganzen zweifellos nach dem Edictsystem geordnet, wie denn Justinian auch ausdrücklich angemerkt hat, wo er sich erhebliche Abweichungen vom Edictsystem gestattete[1]). Gewiss ist daher die Vermutung berechtigt, dass diese Ordnung, wo nicht besondere Gründe vorlagen, auch im Einzelnen nicht verlassen worden ist. Die Digesten sind in diesem Detail auch zuverlässiger als der Codex, obwohl dieser bis lib. VIII tit. 45 ebenfalls im Grossen dem Edictsystem folgt und sogar manche der von den Compilatoren beliebten Hauptabweichungen von diesem System, die wir in den Digesten finden, noch nicht aufweist[2]). Denn die Digesten mussten naturgemäss weit mehr durch das System der in ihnen excerpirten Hauptwerke, speciell des Ulpianschen Commentars, beeinflusst werden, als der Codex, eine blosse Sammlung vereinzelter Constitutionen. Daher ist beispielsweise, um bei den iudicia diuisoria zu bleiben, die actio finium regundorum (wie in den Digesten) vor die beiden andern Teilungsklagen zu setzen, nicht (wie im Codex) hinter dieselben; für diesen besondern Fall lässt sich sogar nachweisen, dass die Digestenordnung auch die der Edictcommentare (mindestens des Paulinischen) war[3]). —

Die Bedeutung der Inscriptionen für die Herstellung des Edictsystems macht es notwendig, dieselben durchweg auf ihre Authenticität zu prüfen. Leider ist für die Kritik in dieser Richtung seit den Tagen des Cujaz nur verschwindend wenig geschehen, und doch lässt sich von vornherein denken, dass sich in diese für den Sinn der Fragmente völlig indifferenten Bezeichnungen Fehler in nicht geringer Zahl eingeschlichen haben. Im Ganzen freilich sind die Inscriptionen mit grosser Sorgfalt revidirt, und man darf in den Verbesserungsversuchen nicht allzu rasch sein; ich verdanke gar manche interessante Entdeckung dem stätigen Bestreben, dem ursprünglichen Zusammenhang der Stellen auf Grund der überlieferten Inscription beizukommen. Die wirklich vorhandenen Fehler[4]) lassen sich fast alle auf folgende Kategorien zurückführen:

1. der Schreiber übersah in seiner Vorlage, wo die Zahlen nicht ausgeschrieben, sondern mit römischen Ziffern bezeichnet waren[5]), eine Ziffer und schrieb daher z. B. trigesimo (XXX) statt trigesimo quarto (XXXIIII), oder quinto (V) statt quinto decimo (XV)[6]), oder uicensimo (XX) statt septuagensimo (LXX). Oder umgekehrt:

1) Vgl. c. Omnem § 4, c. Tanta § 5.

2) Das Pfandrecht und die Lehre von der Eviction, die in den Digesten vorausgenommen sind, stehen im Codex, dem Edictsystem entsprechend, erst im achten Buch.

3) Arg. Paul. 23 fr. 56 fam. erc. (10. 2). Vgl. unten Teil II § 79—81 i. Eing.

4) Ich habe am Schlusse dieses Werks ein Verzeichniss der von mir vorgenommenen Inscriptionenverbesserungen beigefügt.

5) Wie auch noch in der Flor. selbst im grössten Teil des Titels de legibus (1. 3).

6) Derartige Fehler können auch durch Auslassung eines Zahlworts veranlasst sein. Da, wo ein Zahlwort mehreren Zahlzeichen entspricht, z. B. quarto (IIII) oder octauo (VIII), ist diese Erklärung sogar die wahrscheinlichere.

2. er sah (was seltener vorkommt) eine Ziffer zu viel und schrieb trigesimo (XXX) statt uicensimo (XX).

3. Er schrieb, durch den gleichen Wortanfang verführt, quarto statt quinto oder quadragesimo statt quinquagesimo, oder umgekehrt[1]).

4. Er inscribirt „Idem“, wo er einen neuen Namen hätte schreiben sollen, indem ihm der Träger dieses Namens irrig als Verfasser des vorigen Fragments vorschwebt[2]).

5. Er verwechselt die Bücherzahlen zweier Juristenschriften, indem er z. B. in einem Buche der Digesten, das Fragmente aus Ulp. 30 und Paul 31 ad edictum enthält, einmal gelegentlich eine Stelle aus Ulp. 30 fälschlich Ulp. 31 inscribirt[3]). Dieser Fehler ist vielleicht in der Weise zu erklären, dass die Compilatoren die von ihnen ausgewählten Fragmente nicht immer selbst mit der vollen Inscription versahen, sondern den Schreiber durch Anführung des Juristennamens mit einem Wiederholungsmerkzeichen auf die frühere gleiche Inscription verwiesen, wo dann ein Versehen leicht möglich war. Notwendig ist diese Erklärung indess keineswegs: der Fehler kann auch einfach so vorkommen, dass der Schreiber noch die Ziffer der vorigen Inscription im Kopfe hat und dieselbe maschinenmässig wiederholt, ohne auf seine Vorlage zu sehen.

6. Selten ist die unmittelbare Verwechselung zweier Schriftstellernamen. Meiner Erfahrung nach kommt eine solche Verwechselung nur zwischen Ulpian und Paulus vor, den beiden meistbenutzten Juristen, wo in der Masse wohl auch einmal ein kleines Fragment von den Compilatoren selbst falsch bezeichnet worden sein mag.

7. Vereinzelt finden sich Versehen, die sich aus der Aehnlichkeit gewisser römischer Ziffern unter einander erklären, z. B. secundo statt quinto (II statt U). —

Bei kritischer Sichtung der Inscriptionen zeigt sich — ich verweise vorläufig auf die eingangs gegebene Uebersicht des Edicts —, dass die Systeme der vier Edictswerke im Ganzen und Grossen übereinstimmen. Immerhin aber bleiben mehrere Fälle übrig, wo die authentischen Inscriptionen eine wirkliche unzweifelhafte Differenz im System bekunden. Wo haben wir nun hier das echte Edictsystem zu suchen? In den bisherigen Edictreconstructionen findet diese Frage eine sehr mangelhafte oder vielmehr keine Beantwortung: sie folgen sämmtlich unbesehen dem Commentar Ulpians, ohne sich darüber zu erklären, warum gerade diesem bei solcher Differenz eine hervorragende Autorität beiwohnen soll. Die Frage kann aber überhaupt nicht zu Gunsten des einen oder andern Juristen übers Knie gebrochen werden, sondern verlangt in jedem einzelnen Fall besondere Prüfung und Beantwortung.

Sehr leicht ist eine Abweichung zu erklären, die Julians Digesten gegen-

1) Andere Verschreibungen sind sehr selten, kommen aber doch vor, z. B. sicher nachweisbar in fr. 1 si tab. test. nullae (38. 6) quarto statt sexto.

2) Umgekehrt kommt es, in Folge des entgegengesetzten Irrtums vor, dass ein Name wiederholt wird, wo idem hätte geschrieben werden müssen oder die neue Inscription ganz überflüssig war. S. z. B. die Inscriptionen vor fr. 3 und 4 de aqua (39. 3).

3) Vgl. z. B. die augenscheinlich falsche Inscription vor fr. 3 depos. (16. 3).

über den andern Edictswerken zeigen: Julian behandelt die actio legis Aquiliae nicht in dem Teil seiner Digesten, der dem Edictsystem folgt, — wir müssten die betreffende Erörterung bei ihm in lib. 7 oder 8 erwarten —, sondern erst in lib. 86, d. h. unter den leges, denen der zweite Teil seiner Digesten gewidmet ist. Wahrscheinlich gilt das Gleiche auch von den die Bürgschaft betreffenden Rechtsmitteln, die wir ebenfalls im edictalen Teil des Julianschen Werks vermissen[1]).

Gaius' Commentar zum Provinzialedict zeigt zwei systematische Besonderheiten. Der Abschnitt de exceptionibus steht bei ihm hinter demjenigen de stipulationibus, dem er in den übrigen Edictswerken vorausgeht. Der Titel de religiosis ferner, der in den letztern vor dem Titel de rebus creditis steht, ist bei ihm erst in lib. 19[2]) behandelt, d. h. hinter dem Titel de legatis, in Gesellschaft der Titel de operis noui nuntiatione[3]) und de damno infecto. Von diesen beiden Abweichungen ist m. E. die erste auf blosse Zweckmässigkeitsgründe zurückzuführen. Die Exceptionen kommen auch gegenüber den Klagen aus prätorischen Stipulationen in Betracht; es ist daher systematisch richtiger, letztere vor jenen abzuhandeln. Dem Commentator des Edicts wurde diese Rücksicht besonders nahe gelegt durch den Umstand, dass in dem Abschnitt de exceptionibus die erste Rubrik die ist: si quis uadimoniis non obtemperaverit, in dem Abschnitt de stipulationibus aber das Vadimonium an der Spitze steht. Ganz anders dürfte die zweite Abweichung zu erklären und jedenfalls nicht auf systematische Bedenken des Schriftstellers zurückzuführen sein. Hier nämlich ist die Ursache ohne Zweifel darin zu suchen, dass der Titel de religiosis im Provinzialedict gar nicht vorkam. Der Provinzialboden konnte nach der bei den Römern herrschenden Ansicht nicht religios im technischen Sinne werden, Gai. II. 7:

> se*d* in prouinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum uel usum fructum habere uidemur: utique tamen etiamsi non sit religiosu*m*, pro rel*ig*ioso ha*b*etur.

Nach diesem Bericht ist es klar, dass der Titel de religiosis in das Provinzialedict nicht übergegangen sein kann, und zwar auch nicht in veränderter Form: das Provinzialedict kann weder die Ansicht der plerique noch die entgegengesetzte durch seine Fassung sanctionirt haben: sonst hätte Gaius die Frage, ob Provinzialboden religios werden könne oder nur pro religioso behandelt werde, unmöglich als eine rein wissenschaftliche, officiell nicht entschiedene, erwähnt. Warum nun Gaius die betreffenden Erörterungen, die ja wegen der am Schlusse der angef. Stelle bemerkten Praxis (tamen pro religioso habetur) nicht zu umgehen waren, gerade hinter dem Titel de legatis einfügt, wird sich nicht nachweisen lassen: ich vermute, er tut dies desshalb, weil ihn die Lehre vom Schicksal des Vermögens eines Verstorbenen (tit. XXV—XXVII der Edictsübersicht: de bonorum possessionibus, de testamentis, de legatis) auf

1) Vgl. Julian. 89 fr. 17 de fideiuss. (46. 1.)

2) Rudorff, E. P. §87, wagt es, diese fünf Mal wiederholte Inscription anzuzweifeln. Er fragt: „an 9. 10?", eine Frage, deren Sinn mir nicht klar geworden ist.

3) Von dem Commentar zu diesem sind übrigens keine Fragmente erhalten.

den Gedanken des Begräbnisses und der daran sich anknüpfenden Rechtsverhältnisse brachte.

Weit bedeutsamer, aber auch weit schwieriger zu erklären als die bisher betrachteten systematischen Differenzen zwischen den Edictswerken[1]) ist eine letzte, die ebenfalls bisher noch nirgends gehörig gewürdigt worden ist[2]). Verfolgen wir bei Ulpian die Bücher 15—23, so finden wir in der Hauptsache die uns aus Digesten und Codex wohlbekannte Ordnung: es folgen sich, um nur die wichtigsten Rubriken anzuführen, hereditatis petitio (lib. 15. 16), rei uindicatio und Publiciana (lib. 16, mit einem Nachtrag in lib. 17), Servitutklagen (lib. 17), civile Schädensklagen (lib. 18), Teilungsklagen (lib. 19. 20), Bürgschaft (lib. 20—22) — diese in den Digesten und im Codex an andern Ort gestellt —, interrogatio in iure über die Erbenqualität (lib. 22), Eid (lib. 22), interrogatio in iure bei Noxalklagen (lib. 23), prätorische Schädensklagen (lib. 23). Uebereinstimmend scheint das System des freilich hier sehr lückenhaften Julian: so weit wir sehen können, handelt er in lib. 6 von hereditatis petitio und uindicatio, in lib. 7 von Publiciana, Servitutklagen und gewissen civilen Schädensklagen (ausschliesslich der für den Teil de legibus aufgesparten actio legis Aquiliae), in lib. 8 von den Teilungsklagen, in lib. 9 von Eid, interrogatio in iure und den prätorischen Schädensklagen. Ein ganz anderes und sehr auffälliges Bild gewährt dagegen der Paulinische Commentar. Hier stehen (in lib. 17. 18) voraus die Edicte über interrogatio in iure, Eid und verwandte Materien; es folgen (lib. 19) das Publicianische Edict und die prätorischen Schädensklagen (mit einer nachher zu besprechenden Ausnahme); jetzt erst kommen (lib. 20—25) hereditatis petitio, rei uindicatio, Servitutklagen, civile Schädensklagen, Teilungsklagen, Bürgschaft: erst bei der actio in factum wider den mensor (Uebersicht § 89) treffen die beiden grossen Commentare wieder zusammen (Ulp. 24, Paul. 25). Diese Paulinische Ordnung aber war allem Anschein nach auch die des Gaius, nur dass hier die Publiciana hinter die rei uindicatio gerückt ist: wir finden bei Gai. 5 Spuren des Edicts de iureiurando, bei Gai. 6 solche der interrogatio in iure bei Noxalklagen, der prätorischen Schädensklagen, der hereditatis petitio, bei Gai. 7 erst die rei uindicatio, Publiciana, Servitutklagen u. s. w. Die ganze Erscheinung fordert ohne Zweifel gar sehr zum Nachdenken heraus. Alle bisherigen Bearbeiter des Edicts geben ohne irgend welche Begründung dem Julian-Ulpianschen System den Vorzug. Käme es nun für die Entscheidung der Frage lediglich bloss darauf an, welches System uns als das verhältnissmässig bessere erscheint, so möchte man sich dabei beruhigen: die Julianisch-Ulpianische Ordnung entspricht systematischen Anforderungen gewiss weit eher als die Gaianisch-Paulinische. Die Sache liegt aber gerade umgekehrt: das befriedigendere System hat in Fragen wie die vorliegende die Wahrscheinlichkeit gegen sich. Eine Ordnung, wie sie uns Julian und, ihm vermutlich folgend, Ulpian zeigen, die können sich diese Juristen sehr wohl selber

1) Die geringfügige, unten bei tit. XX in Bezug auf § 115 nachgewiesene, kann hier ausser Betracht bleiben.

2) Bemerkt, aber nicht befriedigend erklärt ist sie von Huschke, das Recht der Public. Klage S. 4 n. 1. Vgl. auch Wlassak, Edict u. Klageform S. 30 n. 18, S. 86 n. 1.

zurechtgemacht haben, um den Schwierigkeiten zu entgehen, die das unsystematisch abgefasste Edict der Darstellung in den Weg legte. Eine Ordnung dagegen, wie die Paulinische, wo die Publiciana der rei uindicatio, die actio de effusis der actio legis Aquiliae vorausgeht, ist nimmermehr im Kopf dieses Juristen entstanden: sie ist uns nur unter der Voraussetzung verständlich, dass sie durch die Vorlage gegeben war. Man mag über das Systembedürfniss der Römer denken wie man will, niemals konnte ein überlegender Mensch, wenn das Julian-Ulpianische System das des Edicts war, darauf verfallen, die vernunftgemässe und für ihn bequemste Reihenfolge der Materien in solcher Weise geradezu umzukehren. Ich halte es daher für völlig zweifellos, dass die Paulinische Ordnung hier die des Albums ist, und habe dieselbe meinem System zu Grunde gelegt. Sieht man näher zu, so bemerkt man sehr bald, dass auch diese Ordnung keineswegs willkürlich ist. Die Edicte über interrogatio in iure, Eid u. s. w., die bei Paulus zuerst stehen, bilden den Inhalt des Titels de iudiciis omnibus (tit. XIV der Uebersicht), den Julian und Ulpian, weil er ihnen systematisch unbequem war, an anderer Stelle behandelt haben. Die weiteren bei Paulus der hereditatis petitio voraufgehenden Materien (von § 59 der Uebersicht an) gehören sämmtlich dem prätorischen Rechte an, und für sie alle sind uns die zugehörigen Edicte ganz oder teilweise erhalten. Von der hereditatis petitio ab dagegen beginnen civile Rechtsmittel. Allerdings finden sich unter diese letztere auch wieder einige nicht-civile Klagen gemischt, — die h. p. possessoria und fideicommissaria, die actio uectigalis, die actio damni iniuriae aduersus nautas, die actio communi diuidundo utilis: allein durchweg tragen diese Klagen den Charakter von utiles actiones, für die daher wahrscheinlich kein besonderes Edict proponirt war — ein solches ist hier nirgends nachzuweisen —, sondern nur die Formel hinter der vorbildlichen actio ciuilis, etwa unter vorausgeschickter Rubrik. Meine Meinung ist daher die, dass in dem grossen Edictstitel (XV), mit dem wir es hier zu tun haben, die Edicte nebst zugehörigen Formeln voranstanden, die Formeln (civile und nicht-civile), denen keine Edicte entsprachen[1]), aber folgten: Paulus hielt sich streng an die gegebene Ordnung; ebenso Gaius, nur dass dieser es, begreiflich genug, nicht über sich brachte, die Publiciana vor der rei uindicatio zu erörtern und daher jene hinter die letztere schob; Julian und Ulpian aber geben die Edictsordnung, weil allzu unbequem, ganz auf, schieben die Civilklagen vor und die prätorischen zwischen diese an dem ihnen angemessen scheinenden Orte ein. Diese Erklärung hat gewiss die allergrösste Wahrscheinlichkeit für sich[2]).

1) Zu diesen gehört auch die Formel wider den mensor (§ 89), die daher nicht nur bei Ulpian, sondern auch bei Paulus erst hinter den Teilungsklagen und der Lehre von der Bürgschaft steht, und darum den Vereinigungspunkt für die bis dahin von einander abweichenden Systeme bildet.

2) Man könnte auch auf den Gedanken kommen, dass die nackten Edicte im Album vorausstanden und dann sämmtliche Formeln in der Julian-Ulpianschen Ordnung folgten, so dass dann auch diese letztere eine edictale Grundlage hätte. Eine solche Trennung der prätorischen Formeln von den zugehörigen Edicten ist aber schon an sich unwahrscheinlich, doppelt unwahrscheinlich eine Vermengung der auf Grund der Edicte hinzutretenden Formeln unter die civilen. Die oben gegebene Erklärung scheint mir daher bei weitem vorzuziehen.

Zweites Kapitel.

Das Edict als Ganzes.

Ist das Edict ein systematisches Ganzes, in dem Sinn, wie wir die modernen Privatrechtsgesetzbücher oder Civilprozessordnungen ein Ganzes nennen können? enthält das Edict die vollständige Codification eines bestimmten Rechtsteils? Rudorff hat dasselbe seiner Zeit[1]) ein „Reichscivilrecht", späterhin[2]) eine „Reichscivilprozessordnung" genannt[3]). Es ist leicht einzusehen, dass beide Bezeichnungen weit davon entfernt sind, treffend zu sein. Ein seltsames Reichscivilrecht, in dem die sämmtlichen civilen Rechtsinstitute nur durch kurze Klagformeln figurirten, d. h. vorausgesetzt wären! Und nicht minder eine seltsame Reichscivilprozessordnung! Es ist ja gewiss wahr, dass das Edict mehr als eine Vorschrift enthält, die wir in unsere Prozessordnungen zu setzen pflegen; ja wenn man die Actionen rein von ihrer prozessrechtlichen Seite als Rechte auf Gericht fasst und die mittelbare privatrechtliche Bedeutung der Actionenverheissung ausser Betracht lässt, so kann man sagen, das Edict enthalte nur oder doch fast[4]) nur Prozessrecht. Aber wie weit würde diese prozessrechtliche Codification von dem entfernt sein, was wir Civilprozessordnung nennen! Man sehe sich beispielsweise die Titel unserer deutschen Reichscivilprozessordnung an und frage sich, wie viel von den hier geregelten Materien im Edict ebenfalls seine Regelung gefunden hat. Das Wie des Verfahrens in iudicio fehlt ganz und gar, es ist ausserhalb des Edicts durch Gesetz und Gewohnheit geregelt. Aber auch das Verfahren in iure ist im Edict nur gelegentlich in Nebenpunkten geregelt, z. B. hinsichtlich der Actionenedition, des ius postulandi u. dgl. In der Hauptsache liegt auch dessen Ordnung in „teils vor teils über der prätorischen Jurisdiction stehenden Satzungen"[5]). Eine andere Hypothese hat Brinz[6]) aufgestellt. Nach ihm soll das Edict das Actionenrecht enthalten haben, „in dem weitern Sinne, dass nicht allein actiones, sondern alle gangbaren Gattungen der Rechtshilfe, mithin alle die Fälle und Bedingungen proponirt wurden, in und unter welchen es zur Niedersetzung oder Abhaltung ordentlicher oder ausserordentlicher Gerichte (iudicia, cognitiones) kommen, also ordentliche und ausserordentliche actiones gewährt, Execution gegen die Person oder in das Vermögen eingeräumt, zur Besitzergreifung von Erbschaften ermächtigt, mit der Auctorität von Interdicten eingeschritten, zu Cautionen durch Stipulationen, Missionen gezwungen, oder sonstwie ein Gerichtszwang (compellere, cogere, repellere) stattfinden, aber auch die Verteidigung durch Präscriptionen und Exceptionen vermehrt werden wolle". Fragt man sich zunächst, ob Alles, was

1) R. G. I S. 270 fg.

2) Zschr. f. R. G. III S. 22. 88.

3) Auch Mommsen, Jahrb. d. gem. Rts. II S. 320, bedient sich für das Edict des Ausdrucks „Reichsprozessordnung", während er dasselbe im Röm. Staatsrecht (2. Aufl.) II S. 202 eine Codification des Privatrechts nennt.

4) Man denke z. B. an das Edict de administratione tutorum, das freiwillige Gerichtsbarkeit betrifft.

5) Vgl. Brinz, krit. Vjsch. XI S. 482 fgg.

6) a. a. O. S. 484 fgg. 495 fgg.

im Edict steht, unter diesen Begriff des Actionenrechts falle, so kann die bejahende Antwort allerdings nicht zweifelhaft sein, und es hätte kaum des von Brinz dafür angetretenen Beweises bedurft. Zweifelhafter ist schon, ob man all das, was Brinz unter „Actionenrecht" begreift, im Sinn der Römer mit diesem Namen bezeichnen darf, wie denn Gaius bekanntlich die Lehre von der bonorum possessio und bonorum uenditio unter dem ius quod ad res pertinet abhandelt. Indess soll hierauf kein Gewicht gelegt werden: der Ausdruck „ius quod ad actiones pertinet" ist ja schliesslich weit genug, auch die auf jene Rechtsinstitute bezüglichen Edicte zu umfassen, und überhaupt ist es ja, wenn nur der Begriff ein Gebiet wirklich zusammengehöriger Erscheinungen des Rechtslebens zusammenfasst und sich mit dem Inhalte des Edicts deckt, gleichgiltig, mit welchem Wort man jenen bezeichnet. Woran mir aber Brinz' Auffassung scheitern zu müssen scheint, das ist gerade die Weite seines Begriffs: derselbe ist so weit, dass er uns keine Abgrenzung des Edictsinhalts gegenüber dem, was nicht im Edict steht, mehr gewährt. Alle die Bedingungen sollen im Edict proponirt gewesen sein, unter denen es zur Niedersetzung oder Abhaltung ordentlicher oder ausserordentlicher Gerichte kam. Wo steht im Edict die Lehre von Gerichtsbarkeit, Gerichtsstand, wo die Mehrzahl der Grundsätze des Verfahrens in iure (denn das Verfahren in iure ist doch der Weg zur Erteilung der actio, Bedingung dieser Erteilung), wo also z. B. das Fragerecht des Prätors, die Form der Ernennung eines Cognitors u. dgl. m.? wo sind andererseits im Edict die zu Hadrians Zeit noch praktischen Legisactionsformeln proponirt? wo die Cognition über Fideicommisse und viele andere Gegenstände der extraordinaria cognitio? Man wende nicht ein, dass ich mit Worten spiele, dass Brinz seinen Begriff ohne Zweifel in einem engern Sinn verstanden habe. Ich kann das nicht zugeben. Wenn Brinz beispielsweise[1]) die Aufnahme des Edicts de magistris faciendis damit rechtfertigt, dass die Aufstellung des Magister die Bedingung gewesen sei, unter welcher den Gläubigern possessio, uenditio, Anstellung und Ablehnung der cridarischen Schuldforderungen verheissen ist, so scheint mir unbestreitbar, dass von diesem Standpunkt aus, wenn das Edict wirklich das[2]) Actionenrecht im Brinz'schen Sinne enthielte, die sämmtlichen prozessualen Voraussetzungen der Erteilung wie Denegation der Actionen (an die Parteien selbst oder ihre Stellvertreter) in das Edict hätten aufgenommen werden müssen; und wenn gleichwohl das Edict unter diesen Prozessvoraussetzungen wenig mehr als die Rechtsbehauptung und die Satisdationen ordnet, so ist klar, dass das Edict nicht das Actionenrecht im Brinz'schen Sinne, sondern nur einen Teil desselben enthält, und die Frage bleibt offen, nach welchem Gesichtspunkt die Aufnahme oder Nichtaufnahme von Materien in das Edict sich entschied.

Meines Erachtens ist dafür, dass man das Edict unter eine begriffliche Einheit zwänge, dass man es, um mit Brinz[3]) zu reden, mit Einem Namen benenne, keinerlei innere Notwendigkeit vorhanden: vielmehr spricht die historische Entwicklung sehr entschieden gegen eine solche a priori gestellte Forderung. Was sich wirklich Allgemeines über den Edictsinhalt sagen lässt,

1) a. a. O. S. 497. 2) Brinz, a. a. O. S. 484. 3) a. a. O. S. 486.

das hat schon Giphanius[1]) ganz richtig bemerkt: der Prätor edicirt über sein officium[2]). Schon damit ist aber eine wesentliche Einschränkung des Edictsinhalts gegeben: das Edict enthält nicht das Civilrecht, die Civilprozessordnung, das Actionenrecht, sondern höchstens so viel von diesen Rechtszweigen als im officium praetoris liegt, und zwar im officium praetoris urbani und peregrini[3]): denn nur vom officium dieser handelt das edictum praetoris. Daher enthält das Edict beispielsweise nichts über die Jurisdiction der Consuln und des praetor fideicommissarius, was freilich Rudorff in seiner Reconstruction verkannt hat. Das Edict enthält aber auch nicht das ganze officium praetoris: der Prätor edicirt über sein officium nur insoweit ihm dies zweckmässig erscheint. Soweit nun das officium praetoris durch Gesetz oder Gewohnheit geordnet ist, sind Edicte im Ganzen überflüssig. Daher fehlt im Album beispielsweise das officium praetoris in den Legisactionen, fehlt ferner, soweit ersichtlich, Alles, was die lex Julia iudiciorum priuatorum über das officium praetoris enthielt[4]). Allerdings verweist das Edict immerhin an einigen Orten auf gesetzliche Bestimmungen, indem der Prätor seine Jurisdiction diesen entsprechend ausüben zu wollen erklärt: aber hierbei stehen immer solche Materien in Frage, deren Ordnung im Wesentlichen auf dem Edict beruht, wo also Gesetz oder Senatusconsult nur ergänzend oder beschränkend eingriff und daher auch nur der Vollständigkeit halber mit angeführt wird[5]).

Aus alledem ergibt sich, dass der Inhalt des Edicts sich grossenteils durch historische Zufälligkeiten bestimmt hat, und dass es vergebens ist, einen Rechtsbegriff zu suchen, der sich mit jenem Inhalt deckt. Wäre die Reform des altcivilen Executions- und Concursverfahrens, statt vom Prätor, vom Gesetzgeber in die Hand genommen worden, so würden wir an Stelle der tit. XXXVI—XLI des Edicts wahrscheinlich nur ein paar magere Actionenformulare finden. Wäre umgekehrt dem Prätor die tutoris datio nicht durch Gesetz verliehen, so würden wir vielleicht ein der eigenen Initiative des Prätors entsprungenes Edict darüber haben, dem er durch Erteilung von actiones utiles Wirksamkeit zu verleihen vermocht hätte. Hätte hinwieder die lex Atilia auch von der administratio tutelae gehandelt, so würde vermutlich das Edict darüber schweigen. Gewiss: den Hauptstock des Edicts bildet die Bestimmung der Actions- und Defensionsrechte: hier war dem Prätor durch Gesetz und Gewohnheit freie Hand gelassen. Aber daneben finden wir Edicte über das Verfahren, wie das Edict de magistris faciendis, de bonis proscribendis und mancherlei andere aus dem vom Concursrecht handelnden Edictsabschnitt, wie ferner das Edict über die Edition der Formel und der Urkunden (§ 9) und das Edict „soluere aut iurare cogam" unter dem Titel de rebus creditis (§ 95); finden wir Edicte, in denen ein prozessuales Recht, das nicht Actionsrecht ist, determinirt wird: die

1) Am Schluss der oecon. ed. perpet. (p. 131 der von mir benutzten Ausgabe der oeconomia iuris, Francof. 1606).

2) Vgl. auch Bruns, fontes ed. IV p. 165 n. 2.

3) Wegen des letztern vgl. Rudorff, Zschr. f. R. G. III S. 15. Vom Provinzialedict und dem angehängten Aedilenedict sehe ich der Kürze halber hier ab.

4) Vgl. fr. 2 de iudiciis (5. 1). Dazu unten bei tit. II (vor § 7).

5) Vgl. fr. 7 § 7 de pact. (2. 14), fr. 1 § 8 de postul. (3. 1), fr. 1 i. f. ex quib. caus. mai. (4. 6), fr. 1 ut ex legibus (38. 14).

Edicte über das ius postulandi und bei den iudicia recuperatoria die edictale Verfügung über das Recht der Zeugenvorladung[1]); finden wir ein Edict über einen Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit: das de administratione tutorum (§ 121). Keines dieser Edicte darf als eine Anomalie im Zusammenhange des Edicts angesehen werden: es treten in ihnen einfach die verschiedenen Seiten des officium des Prätors hervor, des Prätors, der eben nicht bloss Actions- und Defensionsrechte zu determiniren, sondern auch die Verhandlungen in iure zu leiten, die Würde des Gerichts zu wahren, die Obervormundschaft zu führen hatte u. s. w., und der nur desshalb in letztern Richtungen von dem ius edicendi einen eingeschränkteren Gebrauch machte, weil die massgebenden Grundsätze hier grösstenteils gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich feststanden.

Drittes Kapitel.

Die Hauptabschnitte des Edicts.

Bei dem Versuch, das System des Edicts zu ergründen, darf man niemals vergessen, dass die Römer und zumal der Edictsredactor auf ein durchgeführtes System bei weitem nicht den Wert legten wie wir Modernen. Es ist kein Zufall, dass Julian das Edict offiziell nicht in partes, sondern nur in zahlreiche Titel eingeteilt hat[2]). Der Edictsredactor hatte durchaus nicht die Absicht, das Edict in grössere streng gegliederte systematische Einheiten zu scheiden. Aus historischen Zweckmässigkeitsgründen werden die leitenden Principien der Einteilung gar oft durchbrochen und Materien, die sich jenen Principien nicht gerne fügen, am nächstbesten Orte angeschlossen. Man verfährt daher gar nicht im Sinne Julians, wenn man wie Rudorff die Hauptabschnitte des Edicts wieder in classes, diese in genera, die genera in species, letztere weiter in I. II, A. B, 1. 2, a. b, α. β u. s. w. einteilt. Man gibt dadurch dem Edictsystem einen Anschein der Symmetrie, die es nur vereinzelt hat, im Ganzen aber nicht haben will, ja nicht haben kann: in Jahrhunderten allmählich historisch zu seinem jetzigen Bestande angewachsen, musste ihm eine derart durchgeführte Systematik notwendig fremd sein, und der Edictsredactor konnte sie ihm nicht geben, wenn er nicht die ganze Masse des Stoffs von Grund aus durcheinander rüttelte, zahllose Edicte aus althergebrachten und eingebürgerten Zusammenhängen riss, wofür keinerlei zwingende Veranlassung vorlag. Ueberhaupt stelle ich mir gerade die systematisirende Tätigkeit Julians nicht übertrieben gross vor[3]): was würde man von einem modernen Gesetzgeber sagen, der bloss um seinen Systematisirungstrieb zu befriedigen, die

1) Vgl. Prob. 5, 8.

2) Vgl. Rudorff, Zschr. f. R. G. III S. 32 fg.

3) Vgl. auch Mommsen, Jahrb. d. gem. Rts. II S. 323, Pernice, Labeo I S. 60.

altgewohnte Ordnung eines seit lange in Geltung befindlichen, vielfach commentirten Gesetzbuchs auf den Kopf stellen wollte? Ich denke mir: Julian revidirte genau die Fassung der einzelnen Edicte, machte Zusätze und Streichungen, besserte auch hie und da am System: aber im Wesentlichen wird er die Ordnung des Edicts so gelassen haben, wie er sie fand, wie sie durch die Tätigkeit von hundert Prätoren sich gebildet hatte, von denen der eine seine neuen Edicte mehr nach innern, der andere sie mehr nach äussern Rücksichten in das edictum tralaticium eingeschoben hatte. Darum lasse man sich's genügen, die für die Anordnung im Ganzen massgebend gewesenen Gesichtspunkte aufzudecken, und verzichte darauf, ein harmonisch durchgeführtes System da zu suchen, wo es der ganzen historischen Entwicklung nach unmöglich gefunden werden kann.

Die Frage nach der Anordnung des Edicts — in der Begrenzung, wie ich sie nach Obigem für berechtigt halte — ist durch Rudorffs Versuche in dieser Richtung[1]), so wenig demselben durchweg beigetreten werden kann, sehr wesentlich gefördert worden, und eine neue Untersuchung wird hier ihren Ausgangspunkt zu nehmen haben. Vor Allem hat Rudorff das nicht gering anzuschlagende Verdienst, die ältern Ansichten gründlich widerlegt zu haben. Niemand wird wohl heute noch die früher herrschende Meinung billigen, wonach dem Edict das Zwölftafelsystem zu Grunde liegen soll[2]), noch auch Heffters[3]) Hypothese, dass in der Ordnung des Edicts im Actionenabschnitt die fünf alten Formen der Legisactionen zu erkennen seien. Mit letzterer Hypothese ist aber auch die Ansicht Leists[4]) beseitigt, der in dem Actionenabschnitt des Edicts ebenfalls im Allgemeinen das Legisactionensystem wiederfindet, davon aber die vier Lehren Ehe, Tutel, Testament, Legat ausnimmt, die erst durch Julian nach Massgabe des Sabinussystems zusammengestellt und in das Legisactionensystem eingeschoben worden seien. Widerlegt ist durch Rudorff ferner auch die Ansicht von Mommsen[5]), wonach das Edict zerfällt in einen ältern das Civilrecht ausführenden und sich systematisch an die drei Legisactionen sacramento, per iudicis postulationem und per condictionem anschliessenden Teil und einen jüngern das Civilrecht ergänzenden Teil, dessen durchgehender Charakter die arbiträre Verfügung des Prätors sei und wohin die Missionen, Interdicte, Exceptionen, prätorischen Stipulationen, ebenso wie auch die vom Prätor kraft seiner Machtvollkommenheit aufgestellten Klagen und sonstigen Rechtshilfen zu rechnen seien. Rudorff weist mit Recht darauf hin, dass der Gegensatz, von dem Mommsens Auffassung ausgeht, nicht das oberste Einteilungsprincip des Edicts sein könne, da er uns im Edict überall, im ersten Teil so gut wie im zweiten, entgegentritt, und er hat auch die Mängel der Mommsen'schen Aufstellung im Einzelnen m. E. überzeugend dargetan.

1) Zschr. f. R. G. III S. 53 fgg., E. P. p. 267 sqq.

2) So noch van Reenen, in den fontes tres iur. ciuil. (1840) p. 41 sqq. Vgl. dagegen Rudorff, Zschr. f. R. G. a. a. O.

3) Rhein. Mus. f. Jurispr. I (1827). S. 51—63. Gegen ihn Rudorff, a. a. O. S. 54 fgg.

4) Rechtssysteme (1850) S. 33 fgg., 59 fgg. Gegen ihn Mommsen, Jahrb. d. gem. Rts. II S. 323, Rudorff a. a. O. S. 56 fgg. Noch auf dem Standpunkt von Leist stand Rudorff, R. G. I S. 270 fg.

5) Jahrb. d. gem. R. II S. 323 fg. Gegen ihn Rudorff a. a. O. S. 57.

Eine um so ernstere und eingehendere Betrachtung verlangt nunmehr das System, das Rudorff an Stelle der von ihm beseitigten gesetzt hat.

Rudorff scheidet zunächst, als ausserhalb des systematischen Edictplans liegend, die drei letzten Abschnitte des Edicts (tit. XLIII—XLV), die die Interdicte, Exceptionen und Stipulationen enthalten, gänzlich aus. Hierin muss ihm m. E. unbedingt beigetreten werden. Wir haben es in jenen drei Abschnitten lediglich mit Zusammenstellungen von Formularen zu tun, die dem Edict als Anhänge beigefügt sind. Am deutlichsten lässt sich dieser Charakter für den Stipulationenabschnitt nachweisen: die hier aufgeführten Stipulationen sind zum grössten Teil durch Edicte angeordnet, die wir an ganz andern Stellen des Systems finden, im Titel de uadimoniis, de cognitoribus et procuratoribus, de satisdando, de tutelis, de legatis, de operis noui nuntiatione, de damno infecto u. s. w. Für die Exceptionen ihrerseits fehlt es zwar an solchen dem Anhange vorausgeschickten ausdrücklichen Verheissungen[1]). Allein die blosse Tatsache, dass wir die Exceptionen fern von den Materien, zu denen sie gehören, sämmtlich in einem Abschnitt des Edicts bei einander finden, genügt durchaus, um darzutun, dass dieser Abschnitt als blosser Anhang gedacht ist. Denn ein innerer Grund, der eine solche Zusammenfassung der Exceptionen fast am Schlusse des Edicts rechtfertigen könnte, ist schlechterdings nicht zu ersehen; namentlich hat die Erteilung von Exceptionen durchaus nicht, wie Mommsen will, den Charakter einer arbiträren Verfügung des Prätors, oder sie hat denselben nur in dem gleichen Sinne, wie die Erteilung der actio selbst: sie gehört zu dem alltäglichen Apparat des gewöhnlichen Formelverfahrens. Der Abschnitt von den Interdicten endlich verdankt seine Entstehung gewiss nur der Absicht, diese prozessualisch eigentümlichen Rechtsmittel bei einander zu haben, seinen Platz am Schlusse des Edicts aber lediglich der Tatsache, dass man für die Interdictenformulare im eigentlichen Systeme des Edicts keinen passenden Platz fand.

Die nach Abzug der drei Anhänge übrig bleibende Hauptmasse des Edicts wird von Rudorff in der bereits mehrfach angeführten Abhandlung[2]) in vier, im E. P. in drei Abschnitte eingeteilt. Diese Differenz ist eine rein formelle und bedeutet nicht etwa eine Meinungsänderung: Rudorff hat nur einfach im E. P. die in der Abhandlung angenommenen beiden Mittelabschnitte, die den Kern des Edicts bilden, unter gemeinsamer Rubrik zusammengefasst. Die Gesichtspunkte seiner Einteilung aber ergeben sich aus den Namen, die er seinen obersten Rubriken gibt:

I. DE IURISDICTIONE, i. e. de actionibus in iure instituendis (in der angeff. Abh.: Klagannahme und Prozesseröffnung im Allgemeinen).

1) Edicte, wie das de pactis oder quod metus causa, die man in diesem Sinne zu interpretiren versucht sein könnte, haben, wie schon ihr Wortlaut zeigt, eine sehr viel allgemeinere Bedeutung und waren ursprünglich ohne Zweifel gar nicht auf die Erteilung von Exceptionen gemünzt. Und dieses letztere gilt ebenso von denjenigen Edicten, in denen der Prätor unter gewissen Voraussetzungen keine actio geben zu wollen erklärt, wie beispielsweise vom Edict de iureiurando und de operis libertorum. Sie waren wörtlich gemeint im Sinn einer denegatio actionis (irrig Lenel, Urspr. u. Wirkg. der Exceptionen S. 18), und als daher später die zugehörigen Exceptionen proponirt wurden, setzte man dieselben unter die noch in den Digesten (44. 5) erhaltene Rubrik „quarum rerum actio non datur“. Vgl. unten Teil II § 278.

2) Zschr. f. R. G. III S. 61.

II. DE IUDICIIS, i. e. de litibus per iudicem decidendis.

1. Prior classis iudiciorum: de rebus (in der Abh.: Rechtsschutz durch Actionen nach Massgabe der spezialisirten Formeln).
2. Posterior classis iudiciorum: de possessionibus (in der Abh.: Besitzschutz durch Missionen und Rechtshilfe gegen Gewalt).

III. DE RE IUDICATA, i. e. de exsecutione sententiarum (in der Abh.: Prozessentscheidung und Vollstreckung).

Näher hat Rudorff diese Einteilung in der angeführten Abhandlung erläutert, und zwar laufen seine Gedanken im Wesentlichen auf Folgendes hinaus.

Den legislativen Kern des Edicts bilden nach R. zwei Abschnitte: die Actionen und die Missionen, in prozessrechtlicher Umrahmung. „Dem Actionenrecht vorauf geht die Prozesseröffnung, die Competenz der municipalen Untergerichte, die Edition der Klage, Ladung und Vadimonium, Prozesslegitimation, Beseitigung der Klagbehinderung durch präliminare Restitution des verlorenen Rechtsstands, endlich der Rechtszwang gegen den Schiedsrichter und die Anordnung des Iudicium mit den Iudicialstipulationen ..... Auf der entgegengesetzten Seite folgen dem Missionenabschnitte die Organe des Rechtszwangs: die Streitbeendigung durch Endurteil, Geständniss, Ungehorsam und die Vollstreckung.“ Der Actionen- und der Missionenabschnitt ihrerseits grenzen sich nach Rudorff nicht ab nach dem historischen Gegensatz zwischen Civilrecht und prätorischem Recht: die Formel der actio sei nicht minder magistratisch als die Mission. Auch nicht nach der prozessualischen Form: der Actionenabschnitt enthalte zwar vorzugsweise Actionen, aber doch auch vereinzelte Interdicte (?) und Cautionen (?), und der Missionenabschnitt enthalte ausser den prätorischen Besitzdecreten doch auch zahlreiche Actionen. Der die Abgrenzung bestimmende Gegensatz sei vielmehr „der wohlbekannte und praktisch wichtige Gegensatz des Rechtsschutzes und des Besitzschutzes, des Petitorium und des Possessorium“.

Die Grenzen der Abschnitte bestimmt Rudorff folgender Massen. Der Eröffnungsabschnitt endigt bei dem Titel de iudiciis omnibus (tit. XIV unserer Uebersicht); gedachter Titel selbst, dessen eigentlichen Inhalt Rudorff freilich nicht erkannt hat, ist nach der angef. Abhandlung in den Eröffnungsabschnitt noch einzuschliessen, während er im E. P. den folgenden Abschnitt als spezielle Einleitung eröffnet. Der Actionenabschnitt geht von hier ab bis einschliesslich des Titels de iure patronatus (tit. XXIV unserer Uebersicht); der Missionenabschnitt vom Titel de bonorum possessionibus (tit. XXV) bis zu dem de iniuriis (XXXV) einschliesslich; das Gebiet des Schlussabschnitts ergibt sich hiernach von selbst.

Die hier vorgeführten Rudorff'schen Ideen enthalten ohne Zweifel sehr viel Richtiges, ja, man darf sagen, dass hier zum ersten Mal eine gesunde Grundlage für die Erkenntniss des Edictsystems geliefert ist. Vor Allem ist anzuerkennen, dass Rudorff zuerst die vier Hauptmassen, in die Julian oder seine Vorgänger den Edictsstoff geschieden haben, örtlich richtig gegen einander abgegrenzt hat, und richtig ist ferner, dass der Kern des Edicts in den beiden mittleren Abschnitten liegt, zu denen sich der erste und vierte als Einleitung und Schluss verhalten. Im Weitern aber bedarf Rudorffs System

einer sorgfältigen Detailprüfung, die keineswegs durchgängig zustimmend ausfallen kann.

Betrachten wir zunächst den Einleitungs- und den Schlussabschnitt. Rudorff fasst dieselben auf als „prozessrechtliche" Umrahmung des Mittel- und Hauptstücks, und offenbar gebraucht er hier das Wort „prozessrechtlich" im Gegensatz zu dem materiellrechtlichen Inhalt des Haupt- und Mittelstücks, obwohl er, wie wir früher gesehen haben, mehrfach das ganze Edict eine „Reichscivilprozessordnung" nennt. Jener behauptete Gegensatz nun besteht in Wirklichkeit in dieser Weise nicht. Allerdings finden sich die verhältnissmässig wenigen rein prozessrechtlichen Bestimmungen, die das Edict enthält, vorzugsweise in dem Eröffnungs- und dem Schlussabschnitt, aber mindestens in jenem durchaus nicht in der Zahl und Bedeutung, dass man demselben den Character einer prozessrechtlichen Einleitung zusprechen dürfte: denn die Actionen, die der Prätor zur Sicherung und Durchführung prozessrechtlicher Zwecke aufstellt, — solche bilden in der Tat den Kern des Eröffnungsabschnittes —, sind nicht mehr und nicht weniger Prozessrecht als alle andern Actionen auch. Genauer und vollkommen richtig wäre es gewesen, wenn Rudorff sich begnügt hätte, zu sagen, die Zusammenstellung der in dem Einleitungs- und Schlussabschnitt enthaltenen Materien sei von einem prozessualen Gesichtspunkt aus erfolgt. Handeln die Mittelabschnitte im Wesentlichen von der gerichtlichen Geltendmachung materieller Rechte, so hat dagegen der einleitende Abschnitt im Wesentlichen — d. h. abgesehen von den im Edict überall zu beobachtenden gelegentlichen Durchbrechungen des Systems, die auf Nebenrücksichten zurückzuführen sind, — den Zweck, die Rechtsverfolgung und Verteidigung, überhaupt den Rechtsgang selbst bis zur Erteilung des Judiciums zu ordnen und zu sichern[1]). Diesem Gesichtspunkt ordnet sich, wie wir demnächst sehen werden, der ganze Inhalt des ersten Abschnittes mit Leichtigkeit unter. Als natürlicher Gegensatz ergaben sich als Materie des Schlussabschnitts die extrema in iurisdictione, Execution und Nichtigkeitsbeschwerde nebst Allem, was dazu Bezug hatte. Ob und inwieweit der Inhalt der so geschaffenen Abschnitte Prozess-, ob und inwieweit er materielles Recht sei, diesen Punkt dürfte der Edictsredactor schwerlich auch nur in Erwägung gezogen haben. Das Bedürfniss, zwischen Prozessrecht und materiellem Recht systematisch scharf zu scheiden, ist sehr modernen Datums.

Weit schwerere Bedenken als die Rudorff'sche Charakterisirung des Einleitungs- und Schlussabschnittes erregt seine Einteilung des Mittel- und Hauptstücks des Edicts. Unrichtig ist schon die formelle Einteilung „Actionenabschnitt . . . . . Missionenabschnitt". Was in aller Welt berechtigt dazu, dem zweiten Unterabschnitt diesen letztern Namen zu geben? Mag man auch die bonorum possessio, womit derselbe beginnt, zu den Missionen i. w. S. rechnen: was hat aber beispielsweise die operis noui nuntiatio, was hat die ganze Zahl von Iudicien, die am Schlusse des Abschnittes stehen, mit den Missionen zu tun? Nicht minder misslich steht es mit dem materiellen

1) Wesentlich übereinstimmend Brinz, „Schutz und Beschaffung der iurisdictio" krit. Vjschr. XI S. 500, dessen Gesichtspunkt mir nur etwas zu enge scheint.

Gegensatz, den Rudorff hinter diesem formellen findet: es soll der Gegensatz sein zwischen Rechtsschutz und Besitzschutz, zwischen Petitorium und Possessorium. Ich will mich nicht an die durchaus und offensichtlich unpassende Bezeichnung „Besitzschutz" klammern, die schon bei dem ersten und wichtigsten Titel des angeblichen Missionenabschnitts — dem Titel de bonorum possessionibus — in keiner Weise zutrifft. Rudorff selbst hat das Schiefe dieser Bezeichnung empfunden, er definirt selber (a. a. O. S. 70) den Inhalt des zweiten Unterabschnitts viel weiter als „die Reihe der mannigfaltigen Formen von Rechtsmitteln, durch welche die Ergreifung, Behauptung und Wiedererlangung jenes dauernden Zustands tatsächlicher Herrschaft vermittelt wird, den wir im allgemeinen Sinne des Worts als Besitzstand bezeichnen dürfen." In diese weitgestreckten Grenzen nun lässt sich, wie leicht begreiflich, ein grosser Teil des s. g. Missionenabschnitts ohne Schwierigkeit einordnen. So vor Allem der Titel de bonorum possessionibus. Was die nächstfolgenden Titel de testamentis und de legatis Fremdartiges enthalten, findet Erklärung durch die auch wahrscheinlich richtige Annahme, dass diese Titel blosse Anhänge zu dem Titel de bonorum possessionibus, von diesem letztern attrahirt seien. Die Beziehungen ferner der drei Nachbarrechtsinstitute — operis noui nuntiatio, cautio damni infecti, actio aquae pluuiae arcendae (tit. XXVIII—XXX) — zum Besitz liegen auf der Hand. Im Titel de liberali causa (tit. XXXI) sodann braucht man nur, was freilich schon etwas Kühnheit erfordert, die ordinatio liberalis causae, die Ordnung des Besitzstands im Freiheitsstreite, als die Hauptsache anzusehen, an die sich der ganze übrige Inhalt des Titels ankrystallisirt hat, und auch dieser Titel fügt sich Rudorffs Hypothese. Hiermit sind aber auch die Concessionen, die wir derselben machen können, zu Ende. Der Rest des s. g. Missionenabschnitts hat mit dem Besitz einfach gar nichts zu tun. Man muss bei Rudorff selbst nachlesen, wie er die Edicte de publicanis, de hominibus coactis, de turba u. s. w. unter seinen Gesichtspunkt zwängt. Wo zur Entwendung oder Beschädigung beweglicher Sachen, sagt er, Gewalt hinzukomme, Gewalt der Publicanen oder ihrer Leute, Aufgebot bewaffneter Mannschaft, Auflauf, Feuer, Einsturz, Schiffbruch, Eroberung eines Schiffs, da habe die Gewalt als das Ueberwiegende erscheinen müssen: die prozessualische Form des Schutzes sei zurückgetreten, und trotzdem dass hier Actionen, Vorführungszwang und Strafdrohungen wechseln, habe man diese erschwerenden Gewalttätigkeiten den Schutzanstalten gegen Gewalt angelehnt[1]).

Es ist offenbar ein recht weiter Begriff des Besitzschutzes, der diesen letztern Rudorff'schen Ausführungen zu Grunde liegt, und doch ist er nicht weit genug, um den Inhalt des s. g. Missionenabschnitts zu decken. Der Rudorff'sche Gesichtspunkt erweist sich als durchaus unzulänglich bei dem letzten Titel des Abschnitts, demjenigen de iniuriis, der weder mit Besitz noch

1) a. a. O. S. 71, vgl. auch Brinz, krit. Vjschr. XI S. 492 fg. Welchen Schutzanstalten gegen Gewalt? muss man übrigens billig fragen. Sind die Institute, die vor jenen Actionen im Edict behandelt sind, — die bonorum possessio, die operis noui nuntiatio, die cautio damni infecti, die causa liberalis — durch die Bezeichnung „Schutzanstalt gegen Gewalt" in ihrem eigentlichen Wesen richtig getroffen?

mit Gewalt irgend etwas zu tun hat und doch von keinem der vorhergehenden Titel attrahirt sein kann. Aber sogar wenn man diesen Einwurf übersehen wollte: entscheidend ist gegen Rudorffs Hypothese schon das, dass alle die obigen Actionen von den Römern selbst nirgends auch nur andeutungsweise zum Besitzschutz in Beziehung gestellt werden. Nicht darauf kann es ankommen, ob wir Modernen im Wege der Abstraction zu einem Begriff des Besitzschutzes gelangen können, unter den jene Actionen (wie übrigens auch zahlreiche andere) besser oder schlechter passen, sondern allein darauf, ob ein solcher Begriff bei den Römern und speziell bei den Römern spätestens zur Zeit Hadrians lebendig war. Wird nun dieses letztere irgend Jemand behaupten können? ist von einem Begriff des Besitzschutzes, wie ihn Rudorff aufstellt, in den Quellen irgendwo die geringste Spur zu entdecken? und wenn nicht, wie will man behaupten, dass eben dieser Begriff bei der Systematisirung des wichtigsten legislatorischen Werks, das die Römer hatten, eine Hauptrolle gespielt habe? Und noch ein Weiteres. Rudorff selbst hat nachgewiesen, eine wie untergeordnete Rolle im Edictsystem die Schuldistinctionen spielen. Alles ist hier — wir werden das unten bestätigt finden — nach praktisch-ökonomischen Rücksichten geordnet: diesen gegenüber tritt beispielsweise selbst der uralt hergebrachte Gegensatz zwischen actiones in rem und in personam in zweite Linie zurück. Und nun sollte jener abgeblasste, unfassbare Rudorff'sche Besitzbegriff das Bindeglied eines ganzen Edictsabschnitts sein? die Rücksicht auf einen solchen Begriff sollte die Ursache gewesen sein, um deren willen die Vergehen der Publicanen, der Raub und andere qualificirte Fälle der Entwendung in die Nachbarschaft der bonorum possessio und der causa liberalis gestellt sind, Materien, die in der populär-praktischen Anschauung noch viel weniger mit einander gemein haben als in der wissenschaftlich-theoretischen? Glaube das, wer kann.

Ich halte die obigen Erwägungen für völlig Ausschlag gebend gegen Rudorffs Hypothese. Merkwürdig genug nun aber: es lässt sich auch aus den römischen Edictswerken selbst nachweisen, dass deren Verfassern der Begriff „possessio“ nicht als das Princip des s. g. Missionenabschnitts galt, und die Tatsache, die ich im Auge habe, hätte wohl eine sorgfältigere Berücksichtigung von Seiten Rudorffs verdient. Mitten in dem s. g. Missionenabschnitt nämlich, mitten unter dessen letzten Titeln finden wir in den Edictswerken des Julian, Gaius, Paulus eben die Materie erörtert, die nach Rudorff die Signatur des ganzen Abschnitts bilden soll: die Lehre vom Besitz und daran angeschlossen die von der Usucapion[1]). Dieselbe steht bei Paulus zwischen dem Titel de praediatoribus (Paul. 53) und dem de iniuriis (Paul. 55), in demselben Buche, wo die actio ui bonorum raptorum und das Edict de incendio ruina u. s. w. besprochen sind (Paul. 54)[2]). In der gleichen Umgebung und also ohne Zweifel durch die gleiche äussere Ursache hierhergezogen, steht

1) Daher auch die Stellung dieser Lehren in des Paulus sententiae (V 2) und im codex Theod. und Just.

2) Vgl. Paul. 54 fr. 1, 3, 7 de a. u. a. p. (41. 2), fr. 2, 4 de usurp. (41. 3), fr. 2 pro empt. (41. 4), fr. 1 pro donato (41. 6), fr. 2 pro derel. (41. 7), fr. 2, 4 pro legato (41. 8), fr. 2 pro dote (41. 9), fr. 2 pro suo (41. 10), fr. 8 de ui (43. 16); ferner: fr. 14 de legib. (1. 3) cf. etwa fr. 2 § 16 pro empt. (41. 4), fr. 49 de proc. (3. 3) cf. etwa fr. 2 § 9 pro empt. (41. 4), fr. 52 de C. E. (18. 1) cf. fr. 2 pr. pro empt.

die Lehre auch bei Julian[1]) und Gaius[2]). Dass nun diese Erörterungen sich nicht direct auf eine Edictsclausel beziehen, ergibt ihr ganzer Inhalt: sie sind ein blosser Excurs, eine gelegentliche Digression, und nur so lässt es sich auch erklären, dass Ulpian, dessen Commentar uns sonst am vollständigsten überliefert ist, keine Spur einer dergleichen Erörterung zeigt. Was jene Digression, in der ohne Zweifel die Digesten Julians dem Gaius und Paulus Vorbild waren, äusserlich veranlasste, wissen wir nicht. Vielleicht die usureceptio ex praediatura, die gelegentlich des Edicts de praediatoribus zur Erwähnung gelangte und auf die Frage nach den Voraussetzungen der Usucapion überhaupt führte; vielleicht die actio ui bonorum raptorum, bei der auf die Unersitzbarkeit der res ui possessae[3]) die Rede kam[4]). Wie dem aber auch sei: ist es denkbar, dass die Lehre vom Besitz von Paulus und Gaius, dass sie von dem Edictsredactor selbst in Gestalt eines solchen gelegentlichen Excurses mitten unter Detailedicte der letzten Abteilung des s. g. Missionenabschnitts eingeschaltet worden wäre, offenbar um sie nur überhaupt irgendwo unterzubringen, ist dies denkbar, wenn „Besitz“ das Stichwort dieses ganzen Abschnitts war, wenn also die Stelle an der Spitze desselben sich von selbst für die Behandlung der allgemeinen Lehre vom Besitz aufdrängen musste? Mir scheint, dass schon diese eine Tatsache zur Verwerfung von Rudorffs Hypothese nötigen würde. —

Muss das Rudorff'sche Einteilungsprincip verworfen werden, so fragt sich, wo ein anderes und besseres zu finden ist. Ob es möglich sein wird, auf diese Frage die Antwort in einer jeden Zweifel ausschliessenden Weise zu geben, muss ich dahingestellt sein lassen. Für die sehr wahrscheinlich richtige Lösung des Rätsels aber halte ich das Folgende.

Wir haben gesehen, dass die Zusammenstellung des Eingangs- und Schlussabschnitts des von seinen Anhängen befreiten Edicts nach prozessualen Gesichtspunkten erfolgt ist; auch die Anhänge selbst sind nach prozessualen, nämlich blossen Formrücksichten zusammengesetzt. Von selbst drängt sich der Zweifel auf, ob nicht auch für die Einteilung des Mittelstücks des Edicts, statt materiellrechtlicher Erwägungen, wie Rudorff will, vielmehr lediglich solche prozessualer Natur massgebend gewesen seien. Ueberblicken wir den Inhalt des ersten Unterabschnitts dieses Mittelstücks (von Rudorff Actionenabschnitt titulirt), so findet sich, dass wir es hier, von geringfügigen und leicht verständlichen Ausnahmen abgesehen, überall mit der Verheissung von Iudicien, d. i. der normalen Form der Rechtsverfolgung zu tun haben. Mussten wir uns nun auch dagegen erklären, dass Rudorff diesem Actionenabschnitt den zweiten Unterabschnitt als Missionenabschnitt gegenüberstellt, so ist doch

(41. 4), fr. 4 de auro (34. 2), fr. 8 de l. Julia repet. (48. 11), fr. 141 de R. J. (50. 17) cf. fr. 14 de legib. (1. 3) und fr. 3 § 5 de a. u. a. p. (41. 2).

1) Julian. 44 fr. 37 de A. R. D. (41. 1), fr. 38 de a. u. a. p. (41. 2), fr. 33 de usurp. (41. 3), fr. 7 pro empt. (41. 4), fr. 2 pro herede (41. 5), fr. 29 de pign. act. (13. 7).

2) Gai. 21 fr. 1, 5 de usurp. (41. 3).

3) Vgl. Paul. 54 fr. 8 de ui (43. 16).

4) Andere jedenfalls unhaltbare Vermutung bei Rudorff, E. P. § 183 n. 1, der die obigen Erörterungen an das Edict de uectigalibus angeknüpft glaubt. Dies widerlegt sich schon dadurch, dass dieselben bei Paulus erst hinter dem Titel de praediatoribus, der dem Titel de publicanis (et uectigalibus) nachfolgt, stehen.

die Tatsache, dass wir die sämmtlichen nicht executiven Missionen in diesem Unterabschnitt beisammen finden, gleichwol beachtenswert. Dieser Abschnitt steht, insoweit er Missionen enthält, zu jenem ersten s. g. Actionenabschnitt ohne Zweifel in einem prozessualen Gegensatz: die Missionen sind im Vergleich zur Erteilung eines Iudiciums eine ausserordentliche Form magistratischer Hilfe: in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis[1]). Ein Gleiches gilt auch von den zahlreichen prätorischen Satisdationen, die in dem s. g. Missionenabschnitt angeordnet sind: auch iubere caueri praetoria stipulatione imperii magis est quam iurisdictionis[2]). Meine Ansicht ist nun einfach die: dass gerade dieser einfache und naheliegende Gegensatz zwischen ordentlicher und ausserordentlicher magistratischer Hilfe der Zweiteilung des Edictmittelstücks zu Grunde liegt, vorbehaltlich der überall im Edictsystem vorkommenden gelegentlichen Angliederung fremder Materien.

Auf den ersten Blick scheint es, als ob die Schlusstitel des s. g. Missionenabschnitts dieser Hypothese noch unübersteiglichere Schwierigkeiten bereiteten als der Rudorff'schen. Hier sind ja überall iudicia proponirt. Wie kommen der Titel de liberali causa, die Edicte de publicanis, de praediatoribus, de hominibus coactis et bonis raptis, de turba, de incendio ruina naufragio rate naue expugnata, endlich der Titel de iniuriis in den Abschnitt von der ausserordentlichen Rechtshilfe? Die Antwort scheint unfindbar, und dennoch sind es gerade diese Iudicien gewesen, die mich auf meine Hypothese brachten. Alle diese Actionen waren als iudicia recuperatoria proponirt, und diesem Umstand verdanken sie ihre Stellung im Edict. Die Tatsache zunächst, dass wir es hier durchweg mit iudicia recuperatoria zu tun haben, ist mehr als blosse Hypothese. Für den Freiheitsprozess sind uns Recuperatoren als die zuständigen Richter schon von Plautus[3]), sodann von Sueton direct bezeugt, von letzterm in einem Zusammenhang, der es klar stellt, dass sie, wenn nicht immer, so doch jedenfalls regelmässig hier das Geschworenenamt ausübten[4]); danach aber kann es als gewiss gelten, dass wenn in einer ganzen Reihe von Stellen der Digesten für den Freiheitsprozess eine Mehrheit von „iudices“ überliefert ist[5]), hier überall „iudices“ für „recuperatores“ interpolirt ist. Von Recuperatoren wurden ferner die Publicanenprocesse abgeurteilt: so schon nach der auf den Bembinischen Bruchstücken erhaltenen lex agraria von 643 a. u. c. (lin. 37 sqq.), so auch nach dem Bericht Cicero's[6]). Den Inhalt des Edicts de praediatoribus kennen wir nicht: dass aber die hier etwa

1) Fr. 4 de iurisd. (2. 1).

2) Fr. 4 cit.

3) Rudens V 1, 2.

4) Domitian. c. 8: reciperatores, ne se perfusoriis assertionibus accommodarent, identidem admonuit.

5) Vgl. fr. 36, 38 pr. de re iud. (42. 1), fr. 24 pr. de manumiss. (40. 1), fr. 27 § 1 de lib. causa (40. 12), fr. 32 § 7 de recept. (4. 8). Allerdings wird daneben auch wohl einmal ein iudex liberalis causae in der Einzahl erwähnt — fr. 41 § 1, fr. 42 de lib. causa (40. 12) —: allein erstens sind diese Stellen vereinzelt, und dass ausnahmsweise, etwa auf Antrag des Klägers oder beider Parteien, auch hier unus iudex vorkommen konnte, soll nicht bestritten werden; zweitens aber liegt es durchaus im Bereich der Möglichkeit, dass die Verfasser jener Stellen sich ungenau ausdrückten, wie ja auch wir nicht selten von einem Richtercollegium den Ausdruck „der Richter (z. B. hat entschieden)“ brauchen.

6) Pro Flacco c. 4 § 11. Für die Provinzialjurisdiction vgl. noch in Verr. II 3 c. 11—14, c. 21.

proponirten Iudicien ebenfalls recuperatorisch waren, dies folgt mit Notwendigkeit aus der Analogie des Publicanenedicts. Für das folgende Edict de hominibus armatis coactisue sind uns die Recuperatoren in Cicero's Rede pro Tullio[1]) bezeugt, und dass ein Gleiches auch für die inhaltlich jenem so nahe verwandten Edicte de turba, de incendio etc. anzunehmen ist, bedarf keines besondern Beweises[2]). Es bleibt also nur noch die Injurienklage, von der Gell. N. A. XX. 1 § 13 ausdrücklich meldet: praetores .... iniuriis aestumandis .... recuperatores se daturos edixerunt[3]).

Dass diese Zusammenstellung recuperatorischer Iudicien im Album nicht eine zufällige ist, leuchtet wohl Jedem von selbst ein. Vergleicht man damit den s. g. Actionenabschnitt des Edictmittelstücks[4]), so finden wir in der grossen Masse der hier proponirten Iudicien nur ein einziges, das wohl als recuperatorisches proponirt gewesen sein dürfte, — das praeiudicium an libertus sit[5]) (§ 141). Dies praeiudicium aber ist nur ein Anhängsel des Edicts de operis libertorum und daher ohne Bedeutung für die Frage nach dem Principe des Edictsystems[6]). Es kann sich hienach nur mehr fragen, welchem Umstand die iudicia recuperatoria ihre Aufnahme in den s. g. Missionenabschnitt verdanken. Erwägt man, dass in demselben im Uebrigen diejenigen Rechtshilfen zusammengestellt sind, die imperii magis sunt quam iurisdictionis, so kommt man von selbst auf die Antwort, dass die recuperatorum datio ebenfalls Sache des Imperiums gewesen sein muss, dass es also durchweg der Gegensatz von iurisdictio und imperium ist, der den Hauptabschnitt des Edicts in zwei Hälften trennt, und die Richtigkeit dieser Antwort findet ihre Bestätigung in dem Umstand, dass die iudicia recuperatoria nach Gaius zu den imperio continentia gehören und daher nur so lange dauern als die Amtsgewalt dessen, der sie gesetzt hat[7]). Wenn man sich hiegegen bisher auf lex Rubria c. 21 i. f. berufen hat, wo blossen Municipalmagistraten die recuperatorum datio eingeräumt ist, so kann dies Gegenargument nicht mehr durchschlagen, seit wir aus der lex Ursonitana (c. 94, 125, 128) wissen, dass zu Cäsars Zeit[8]) auch den Municipalmagistraten noch imperium zugeschrieben wurde. Um so beachtenswerter aber bleibt es, dass wir in einem andern Falle auch schon zu Cäsars Zeit den Municipalmagistraten das Recht zur recuperatorum datio entzogen finden, in einem Falle, wo es dem römischen Staatsbeamten ausdrücklich gewährt ist[9]). Für unsern Zweck nun brauchen wir übrigens die Frage, ob die recuperato-

1) Passim, vgl. z. B. c. 3 § 7.

2) Vgl. auch Rudorff, E. P. § 187 n. 10.

3) Vgl. auch Cic. de inuent. II 20 § 60. Dass unter gewissen, uns nicht bekannten Voraussetzungen auch hier unus iudex möglich war (auct. ad Herenn. II 13 § 19, Gai. III 224), soll auch hier nicht bestritten werden. Für uns kommt es nur auf den Inhalt des Edicts an.

4) Die iudicia recuperatoria des Einleitungsabschnittes — Gai. IV 46. 185, L. Rubr. c. 21 i. f. — bleiben hier natürlich ausser Betracht.

5) Vgl. Sueton. Vespas. c. 3: ingenuam .... reciperatorio iudicio pronuntiatam.

6) Für andere Judicien waren Recuperatoren unter gewissen, uns unbekannten, Voraussetzungen möglich (cf. Gai. IV 109), aber gewiss nicht edictal. Die Sache liegt hier gerade umgekehrt, wie bei der causa liberalis und der Injurienklage.

7) Gai. IV 105. Vgl. Rudorff, Zschr. f. gesch. R. W. IX S. 405 (anders R. G. II § 8), Huschke, Richters Jahrbb. Jahrg. I S. 899 fg., Multa u. Sacr. S. 551, Mommsen, röm. Staatsrecht I. S. 182 fg.

8) Anders später: fr. 26 pr. ad munic. (50. 1).

9) Vgl. L. Mamilia (Julia agraria) c. 55 (Bruns fontes, ed. IV p. 110).

rium datio imperii magis est quam iurisdictionis, gar nicht zur entscheidenden zu machen. Ich glaube, die blosse Tatsache, dass die iudicia recuperatoria imperio continentur, mit ihren Consequenzen, und die ebenfalls sicher beglaubigte Tatsache, dass das Verfahren mit Recuperatoren ein beschleunigtes gewesen[1]), diese Tatsachen reichen aus, um klar zu stellen, dass man in den iudicia recuperatoria einen Gegensatz zu den ordentlichen iudicia sub uno iudice erblicken musste, und dass jene also in dem Kapitel von der ausserordentlichen Rechtshilfe ganz eigentlich an ihrem Platze sind.

Der sonstige Inhalt des s. g. Missionenabschnitts lässt sich mit unserer Hypothese unschwer vereinigen. Hinsichtlich der Titel de testamentis und de legatis nehme ich an, dass dieselben von dem Titel de bonorum possessionibus attrahirt sind; doch ist diese Annahme nicht einmal absolut geboten, um ihre Stellung im Edictsystem zu erklären: beide Titel enthalten gar manches, was den Charakter der ausserordentlichen Rechtshilfe an sich trägt. So der Titel de testamentis die Edicte über die Testamentseröffnung und ad SC Silanianum nebst den zugehörigen Strafklagen, die wir uns sehr wahrscheinlich als recuperatorische zu denken haben, so der Titel de legatis die Edicte über die cautio usufructuaria, die cautio legatorum seruandorum causa und die missio in possessionem. Es ist sehr wohl möglich, dass diese verschiedenen Edicte selbständig massgebend für die Einordnung der Titel in den Abschnitt von der ausserordentlichen Rechtshilfe gewesen sind. Die folgenden Titel de operis noui nuntiatione und de damno infecto tragen den Charakter der ausserordentlichen Rechtshilfe an der Stirn (Cautionen! Mission!). Dann aber bleibt als einziger Titel, der unserer Hypothese entgegenzustehen scheint, derjenige de aqua et aquae pluuiae arcendae übrig. Dieser Titel enthält die actio confessoria und negatoria de aquae ductu, nebst einem auf eben diese Servitut bezüglichen Edict, und die actio aquae pluuiae arcendae. Letztere war zweifellos kein iudicium recuperatorium[2]), während uns für erstere bestimmte Nachrichten über den oder die Geschworenen fehlen. Das weitaus Wahrscheinlichste ist gewiss, dass die actio aquae pluuiae arcendae in ihrer Eigenschaft als Nachbarrechtsinstitut und als actio de damno futuro von der actio damni infecti[3]), der sie vielleicht schon in den 12 Tafeln unmittelbar benachbart war, attrahirt worden ist und ihrerseits die actiones de aquae ductu attrahirte[4]). Dergleichen gelegentliche Abweichungen von dem Einteilungsprincip haben, wo sich so einleuchtende und naheliegende Gründe dafür beibringen lassen, nichts Auffallendes. Man denke an den Titel de receptis, der durch den blossen Gleichklang des Worts receptum das receptum nautarum und argentariorum in einen diesen Instituten ganz fremdartigen Zusammenhang gezogen hat[5]). —

1) Cic. pro Tull. c. 5 § 10. 11, Gai. IV 185. S. auch Plin. epist. III 20 § 9, l. Ursonit. c. 95 (Prozessfrist von zwanzig Tagen).

2) Vgl. fr. 6 § 6, 11 § 3, 24 pr. — § 2 de aqua at aquae pluuiae (39. 3).

3) Vgl. fr. 11 § 3 i. f. eod.

4) Als Möglichkeit — nur als solche — muss aber doch hervorgehoben werden, dass die letztern um der besondern landwirtschaftlichen Wichtigkeit der Wasserservituten willen recuperatorisch proponirt gewesen sein könnten. Dadurch würde sich die Trennung dieser Servitutklagen von den übrigen gut erklären.

5) S. unten S. 25.

Das Edict hat sich uns nach einfachen prozessualen Gesichtspunkten in vier Hauptabschnitte geordnet. Die Ordnung der Materien innerhalb dieser Abschnitte und innerhalb der Anhänge soll im folgenden Kapitel untersucht und sodann auch das ädilicische Edict in Kürze in Betracht gezogen werden.

Viertes Kapitel.

Das Edictsystem im Einzelnen.

§ 1.

Der einleitende Abschnitt.

In dem Eingangsabschnitt des Edicts, der die Ordnung und Sicherung des Rechtsgangs bis zur Erteilung des Iudiciums zum Gegenstande hat, nehmen billiger Weise die erste Stelle diejenigen Edicte ein, die die Ordnung und Sicherung der Iurisdictionsgewalt selbst bezwecken. Da jedoch diese Materie überwiegend gesetzlich geordnet war, da ferner der Prätor seine eigene iurisdictio durch die ihm zu Gebote stehenden physischen Machtmittel, hinsichtlich deren ein Bedürfniss zu ediciren nicht vorlag, im Allgemeinen ausreichend zu sichern im Stande war, so beschränkt sich das Edict auf wenige ergänzende Vorschriften. Es gehören hieher, wie ich vermute, zwei Titel. Tit. I, von der Municipaljurisdiction handelnd, schützt den Rechtsgang in den Municipien durch die Strafklage Si quis ius dicenti non obtemperauerit (§ 1) und eine zweite (§ 2) wider den, der der in ius uocatio vor den Municipalmagistrat nicht Folge leistet oder sonst den unter dem Titel de in ius uocando (tit. V) gegebenen edictalen Vorschriften zuwiderhandelt, delegirt ferner den Municipalmagistraten in gewissem Umfang die Gerichtsbarkeit hinsichtlich damnum infectum (§ 3), ordnet deren Pflichten in Betreff der Bewachung von fugitiui (§ 4), beides unter Verheissung einer actio wider den säumigen Magistrat, und leitet mit dem Edict de uadimonio Romam faciendo (actio wider den Weigerer des Vadimoniums) zu tit. II hinüber, der die eigene iurisdictio des Prätors betrifft. Dieser enthält, so weit ersichtlich, nur zwei Edicte: das eine reagirt gegen die Verächter der maiestas praetoris[1]) durch die Popularklage de albo corrupto und gegen solche, die die prätorische iurisdictio missbrauchen, durch das Edict Quod quisque iuris.

Die folgenden Titel stehen bereits in engerer Beziehung zum Verfahren. Die erste Frage, die sich Jemand, der zum Prozesse schreiten will, — noch vor der Ladung — vorlegt, ist die, welche actio ihm zu Gebote stehe. Daher steht an erster Stelle — und, was auf den ersten Blick verwunderlich, noch vor dem Titel de in ius uocando — der Titel (III) de edendo, dessen Kern die Edicte de edenda actione und de edendis instrumentis bilden: als blosser Anhang ist das Edict über die Editionspflicht der Argentarien anzusehen. Auf

1) Vgl. Brinz, krit. Vjschr. XI S. 501. S. unten Teil II § 7 a. E.

diesen folgt, anscheinend als selbständiger Titel (IV) das Edict de pactis, offenbar gedacht unter dem Gesichtspunkt des Vergleichs[1]) der den Prozess überflüssig macht: „die Förderung der Vergleiche ist eine Förderung, weil Erleichterung auch der Jurisdiction“[2]). Hat kein Vergleich stattgefunden, so kommt es zum Prozess, der durch die Ladung eingeleitet wird. Daher als nächster Titel (V) der de in ius uocando: dieser schärft die Folgepflicht ein und sichert durch Strafklagen den Rechtsgang wider den widerspänstigen uocatus und wider den Dritten, der durch Gewalt dessen Erscheinen verhindert; zugleich werden die Ausnahmen von der unbedingten Folgepflicht geordnet. Sind die Parteien in iure erschienen, so untersucht der ius dicens vor Allem, ob sie die Postulationsfähigkeit besitzen: es folgt also naturgemäss tit. VI de postulando, der ebenfalls der Ordnung des Rechtsgangs insofern dient, als, wie Brinz[3]) mit Recht bemerkt, die Zurückweisung der Postulationsunfähigen den Zweck hat, die Gerichtswürde (dignitas) aufrecht zu erhalten und zu bewahren. Tit. VII de uadimoniis leitet das Verfahren einen Schritt vorwärts: er sichert durch seine verschiedenen Edicte, die hier ins Einzelne zu verfolgen unnütz wäre, das Wiedererscheinen des Beklagten in iure. Weiterhin ist in iure die Frage zu erledigen, ob die Formel auf die Partei selbst oder einen Stellvertreter abgefasst werden soll: dieser Materie in ihren verschiedenen Beziehungen ist tit. VIII de cognitoribus et procuratoribus et defensoribus gewidmet. Die Edicte über die Cognitur als das (trotz Wlassak) ältere Institut stehen hier voran; den Schluss bildet das Edict de negotiis gestis, dessen ursprünglicher Zweck es war, die Verteidigung der indefensi zu fördern[4]).

Die bisher betrachteten Titel betreffen alle nur die formellen Voraussetzungen des Verfahrens in iure; sie haben keine Beziehung zum materiellen Recht der Parteien. Aber die Ordnung und Sicherung des Rechtswegs fordert auch ein Eingehen auf dieses. Der Prätor sucht einerseits den Missbrauch des Rechtswegs nach Möglichkeit zu verhüten; er beseitigt andererseits, so weit es die Billigkeit fordert, die materiellrechtlichen Hindernisse, die das ius strictum der Rechtsverteidigung und Rechtsverfolgung in den Weg legt. Dem ersten Zweck dient die Abschreckung der Calumniatoren durch tit. IX de calumniatoribus. Die von Cujaz[5]) vertretene und von Rudorff[6]) adoptirte Meinung, das in fr. 1 pr. de calumn. (3. 6) überlieferte Edict verdanke seine Stelle im System bloss der anziehenden Kraft des Worts negotium, welches ihm mit dem unmittelbar vorhergehenden Edict de negotiis gestis gemeinsam ist, diese Meinung, wenig anmutend an sich, ist durch nichts gerechtfertigt; jenes Edict passt, wie gezeigt, durch seinen Inhalt sehr gut in den Zusammenhang des ersten Edictabschnitts, und überdies, wie ich an seinem

1) Vgl. schon Cuiac. obs. X 30, Giphanius, oecon. iur. Francof. 1606 p. 99, Rudorff, Zschr. f. R. G. IV S. 32. S. auch Ihering, Geist des R. R. I § 11ᵃ n. 45. Eine nicht uninteressante Analogie bietet Blackstone, der die Lehre von accord und arbitration gleichfalls der Behandlung der Rechtsverfolgung vorausschickt.

2) Brinz, a. a. O. S. 501.

3) a. a. O.

4) Vgl. Wlassak, z. Gesch. d. N. G. (1879) S. 42. Ulp. 10 fr. 1 de N. G. (3. 5): Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium uersatur, ne indefensi rerum possessionem aut uenditionem patiantur . . . .

5) Obs. XXIII, 16.

6) Zschr. f. R. G. IV S. 77.

Orte unten nachweisen werde, handelt es sich hier auch keineswegs bloss um jenes vereinzelte Edict, sondern um einen ganzen Titel, der doch schwerlich bloss durch das Edict de negotiis gestis attrahirt sein kann. Den zweiten oben namhaft gemachten Zweck erfüllt der Titel (X) de in integrum restitutionibus[1]). Innerhalb dieses Titels dürfte, wie Rudorff richtig bemerkt hat, die Ordnung der Edicte darauf beruhen, dass die drei ersten unter denselben (quod metus causa, de dolo malo, de minoribus) die Aufhebung der verbindenden Kraft eines gestum oder contractum, d. h. die Beseitigung einer iure ciuili begründeten actio, die folgenden aber Restitution einer iure ciuili verlorenen actio als Hauptzweck verfolgen. Den Schluss bildete das (vermutliche) Edict über die Vererbung des Restitutionsanspruchs der Minderjährigen.

Ehe das Edict mit dem Titel (XII) de satisdando auf die zur Sicherung des Erfolges der iudicia notwendigen Massnahmen übergeht, verweist der Prätor noch zuletzt auf die Möglichkeit einer Vermeidung des iudicium durch aussergerichtliche Streiterledigung im Wege des Compromisses, und er fördert die dahin gerichtete Absicht der Parteien durch Verheissung von Zwang gegen den arbiter, — tit. XI de receptis. Die Edicte über das receptum nautarum und das receptum argentariorum sind, wie hinsichtlich des erstern schon Cujaz[2]) richtig gesehen hat, in die Gesellschaft des Edicts qui arbitrium receperunt lediglich dadurch gekommen, dass auch in ihnen die Uebernahme der Verbindlichkeit durch das Wort recipere bezeichnet ist[3]).

Den Abschluss des ersten Edictsabschnitts bilden die Titel (XII) de satisdando, dessen Bedeutung im Zusammenhang dieses Abschnitts soeben bereits angedeutet wurde, und (XIII) Quibus causis praeiudicium fieri non oportet, der die Rangordnung unter den verschiedenen Iudicien zu wahren bestimmt ist.

§ 2.

Der zweite Abschnitt: von der ordentlichen Rechtshilfe (iurisdictio).

Am Eingang des zweiten Edictabschnitts steht sehr passend der Titel (XIV) de iudiciis omnibus[4]). Er war es, der der pars de iudiciis[5]) des Schul-

1) Vgl. Rudorff, a. a. O. S. 88 fg.

2) Obs. XXIII, 16.

3) Die von Rudorff, a. a. O. S. 108 gegebene zusätzliche Erklärung — das Edict über das receptum nautarum bezwecke ebenso wie das über den Compromiss den Privatvorteil der Parteien (die actio recepticia weist Rudorff a. a. O. noch ausdrücklich aus der Gesellschaft der andern recepta aus) — ist in Wahrheit keine Erklärung der Zusammenstellung, sondern lediglich eine Declaration ihrer Willkürlichkeit, wie auch Rudorff selbst eingesehen hat. Auch Bekkers Versuch (Zschr. der Sav.-Stift. III S. 7), einen innern Zusammenhang zwischen den drei Edicten dadurch herzustellen, dass er in allen dreien dem „recipere“ die ursprüngliche Bedeutung von „mandatum recipere“ vindicirt, halte ich für nicht gelungen. Näheres Eingehen auf diese Hypothese behalte ich mir für eine andere Gelegenheit vor.

4) So auch Rudorff, E. P. § 55, der in der Zschr. f. R. G. III S. 61, IV S. 120 den Titel an den Schluss des Einleitungsabschnittes stellte. Den Inhalt des Titels hat aber Rudorff weder hier noch dort erkannt.

5) C. Omnem § 1. Auf die pars de iudiciis bezieht sich auch ohne Zweifel die Angabe de iudiciis lib. II unter dem neu entdeckten Fragment de dediticiis. (Zschr. der Sav.-Stift. I S. 95). Gemeint ist sehr wahrscheinlich Ulp. lib. 16. Die Einwendungen Cohns, Zschr. d. Sav.-Stift. II S. 96 sind m. E. nicht von Erheblichkeit.

gebrauchs den Namen gab, wie der Titel de rebus creditis der pars de rebus, und seine Stellung am Eingang ist vorbildlich gewesen für die entsprechende Stellung des Titels de iudiciis der Justinianischen Digesten.

Freilich aber hat unser Edictstitel mit diesem Justinianischen Titel inhaltlich gar nichts gemein. Es gehören in denselben, wie sich aus dem streng dem Edictsystem folgenden Paulinischen Commentar ergibt, folgende Edicte[1]): über die interrogatio in iure an heres sit (§ 53), de iureiurando (§ 54), über die praescriptio bei der actio ex stipulatu, (sehr wahrscheinlich) über die Präscriptionen bei bonae fidei iudicia und vielleicht auch bei der condictio incerti (§ 55—57), endlich über die interrogatio in iure bei Noxalklagen (§ 58). Allen diesen Edicten ist zunächst das gemeinsam, dass ihr Inhalt entweder für alle oder doch für eine grössere Anzahl im Edict proponirter Actionen bedeutsam ist, dass sie generelle Edicte sind: generell sind die Edicte über die Interrogationen und den Eid, generell, ihrem Gesammtzweck nach betrachtet, auch die zur Abwendung der Folgen der prozessualen Consumtion bestimmten Edicte über die Präscriptionen. Diese Allgemeinheit des Inhalts ist es, was ihre Zusammenstellung in den Generaltitel de iudiciis omnibus rechtfertigte. Die Edicte dürften aber auch formell einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt besessen haben, insofern nämlich sehr wahrscheinlich nicht bloss die Edicte der §§ 55—57, sondern auch die Edicte über die Interrogationen und in vorclassischer Zeit auch das Edict über den Eid zur Erteilung von Präscriptionen führte[2]) und so also die Beziehung ihres Inhalts auf andere Iudicien auch äusserlich zum Ausdruck kam.

Ehe wir zu den nun folgenden Titeln übergehen, wird es notwendig sein, das System unseres Abschnitts im Ganzen ins Auge zu fassen. Die Einsicht in dieses System ist von Rudorff[3]) sehr wesentlich gefördert worden. Er hat die für die Systematisirung leitenden Gesichtspunkte grossentheils richtig nachgewiesen, und der Hauptvorwurf, der ihm zu machen ist, ist nur der, dass er im Ein- und Untereinteilen mehrfach zu weit gegangen ist. Dieses letztere gilt m. E. schon von der seitens Rudorffs behaupteten Grundeinteilung unseres Abschnitts. Rudorff nimmt an, dass derselbe, entsprechend den schulmässigen partes de iudiciis und de rebus, in zwei Teile zerfalle, deren erster „die erhaltenden (dinglichen oder persönlichen) Klagen zum Schutz bereits erworbener Güter gegen Abstreitung oder Beschädigung" umfasse[4]), während

1) Die Ursache, um deren willen die Zusammengehörigkeit dieser Edicte bisher allgemein verkannt worden ist, und die Gründe, aus denen das System des Paulinischen Commentars als das Edictsystem angesehen werden muss, habe ich oben nachgewiesen. Vgl. S. 7 fg.

2) Vgl. wegen der Interrogationen unten § 53. 58; darüber, dass der Prätor bei dem Edict über den Eid ursprünglich nicht die Erteilung einer exceptio im Auge hatte, vgl. § 54. Dann aber ist es sehr wahrscheinlich, dass ehedem bei Streit über die Tatsache des Eids die eventuelle Denegation der Klage in Form einer praescriptio (ea res agatur, si...) stattfand.

3) Zschr. f. R. G. III S. 65 fg.

4) Rudorff, E. P. p. 269, überschreibt dies primum genus (iudiciorum de rebus) mit der Rubrik „de rebus non creditis". M. E. ist auch diese Bezeichnung nicht glücklich gewählt. Offenbar ist dabei gegensätzlich an die Rubrik de rebus creditis gedacht. Diese ist aber eine blosse Titelrubrik, der in unserm Abschnitt nicht eine, sondern eine ganze Reihe anderer Titelrubriken zur Seite stehen. Die Zweiteilung de rebus non creditis und de rebus creditis verbietet sich daher von selbst. Dies auch gegen Brinz, krit. Vjschr. XI S. 494.

der zweite sich auf „Erwerbansprüche aus vorbereitenden Geschäftsobligationen" beschränke. Gegen das erste Glied dieser Einteilung ist insofern nichts einzuwenden, als die bezeichneten Klagen in der Tat den wesentlichen Inhalt des grossen, von mir „de his quae cuiusque in bonis sunt" überschriebenen tit. XV bilden. Um so bedenklicher ist das zweite Glied der Einteilung. Rudorff ist zur Aufstellung dieses letztern ohne Zweifel nur dadurch veranlasst worden, weil er es für ein logisches Postulat hielt, den erworbenen Rechten die Ansprüche auf künftigen Erwerb gegenüberzustellen. Dabei ist übersehen, dass, was logisches Postulat ist, desswegen noch lange nicht im Edictsystem verwirklicht zu sein braucht. Gegen die Charakterisirung der Ansprüche aus den Geschäftsobligationen als Erwerbansprüche entscheidet vor Allem der Umstand, dass diese Charakterisirung unrömisch ist: eine derartige Auffassung ist, wenn irgend eine, den Quellen fremd. Sie ist aber auch juristisch und ökonomisch unzutreffend: die weitaus meisten Geschäftsobligationen erzeugen keine Erwerbansprüche, mindestens nicht solche in anderm Sinne als die Delictsobligationen. Oder wie will man es einleuchtend machen, dass die Ansprüche aus Darlehen, Commodat, Depositum, Mandat, Societät, Tutel u. s. w. „Erwerbansprüche aus vorbereitenden Obligationen" seien, die Ansprüche aus der lex Aquilia, dem Edict de effusis u. s. w. dagegen nicht? Im Gegenteil: was wir aus jenen Geschäften zu fordern haben, das rechnen wir schon ohne Weiteres zu unserm Vermögen, bezeichnen es als „unser", während wir weit eher geneigt sind, das uns aus Delictsansprüchen Zufliessende als einen, sei es auch zur Entschädigung dienenden, Erwerb zu betrachten. Wahrlich, es bedürfte sehr triftiger Beweise, um es glaublich erscheinen zu lassen, dass das Edictsystem jener sonderbaren Auffassung folge.

Sucht man sich von diesen Phantasien zu befreien, so bemerkt man alsbald, dass der Reihenfolge der Titel in unserm Abschnitt ein ganz einfacher Gedankengang zu Grunde liegt. In dem ersten auf den vorausgeschickten Generaltitel folgenden Spezialtitel (XV), dem ich die oben angeführte Rubrik gegeben habe, sind, wenn man von den bloss ankrystallisirten Materien absieht, die dinglichen und persönlichen Klagen zusammengestellt, die zum Schutze der in bonis nostris befindlichen Sachgüter gegen Abstreitung oder Beschädigung dienen: Sachgüter aber, in dem Sinne wie das Wort hier zu verstehen, sind auch die Servituten, — die Personalservituten als pars dominii, die Realservituten als praedia qualiter se habentia. Der Inhalt dieses Titels musste zwei Gegensätze zum Bewusstsein bringen. Einmal, Sachgüter extra bona: daher tit. XVI de religiosis. Zweitens, Vermögensbestandteile, die nicht Sachgüter sind, — Forderungen: diese bilden den Gegenstand von tit. XVII sqq. Unter ihnen nehmen die erste Stelle ein die ältesten und einfachsten Obligationen: res creditae mit ihren Anhängen (tit. XVII). Daran schliessen sich, wahrscheinlich unter besonderm Titel, vielleicht auch als blosser Anhang, die actiones adiecticiae qualitatis (tit. XVIII): der Gedanke an die Verbindlichkeit aus eigenem Creditgeschäft rief sogleich den Gedanken an diejenige aus fremdem Creditgeschäft wach. Dass die Einschaltung der actiones adiecticiae schon hier erfolgt, ist zwar nicht ganz logisch, da diese Klagen ja in einem logischen Gegensatz nicht bloss zu den unter

dem Titel de rebus creditis geordneten Verbindlichkeiten stehen, sondern zu allen, auch den unter den folgenden Titeln geordneten Contractsklagen; aber solche Verstösse gegen die systematische Consequenz kommen im Edictsystem jeden Augenblick vor, und hier mag noch speziell auf die naheliegende Möglichkeit hingewiesen werden, dass bei den Musterformeln der actiones adiecticiae die condictio als Vorbild diente. Dem strengrechtlichen creditum treten sodann weiterhin die bonae fidei Obligationen mit ihren Anhängen gegenüber, vermutlich in folgende Titel eingeteilt: de bonae fidei contractibus (XIX), de re uxoria (XX) — dieser als Anhang den tit. (XXI) de liberis et de uentre nach sich ziehend —, de tutelis (XXII) — dieser wieder durch die actio rationibus distrahendis das nah verwandte[1]) furtum (XXIII) attrahirend —, de iure patronatus (XXIV). Der Gedankengang dieser Titelfolge liegt zu Tage: Geschäft — Familie, Familie: Ehe, Kinder, Vormundschaftsbedürftigkeit, Familie im weitern Sinne (einschliesslich der Freigelassenen).

All das ist überaus einfach: nur das könnte man zu fragen versucht sein, warum unter den Forderungen nicht auch die Forderungen aus Sachbeschädigung figuriren, diese vielmehr unter der Kategorie „Schutz der Sachgüter" bereits in tit. XV proponirt sind. Hierauf wäre die Antwort die: weil dem Prätor, der jene Actionen hinter den Vindicationen proponirte, der ideale Zweck dieser Actionen gegenüber der juristischen Natur des in Bewegung gesetzten Mittels systematisch das Bedeutsamere schien. Diese Auffassung lässt sich sehr wohl begreifen, und ich habe ihren innern Grund vorhin schon angedeutet. Wenn wir die Bilanz unseres Vermögens machen, so zählen wir, was wir aus Darlehen, Commodat, Depositum, Kauf, Tutel u. s. w. zu fordern haben, der Regel nach als Activum mit, eine etwaige Forderung ex lege Aquilia oder de effusis u. dgl. in der Regel aber nicht: es liegt dies teils darin, dass jene erstern Forderungen in der ungeheuern Mehrzahl der Fälle unweigerlich bezahlt werden, um diese aber meistens prozessirt werden muss, teils auch darin, dass der Gegenstand der erstern im Normalverlauf der Dinge genau ziffermässig feststeht, während der der letztern erst durch eine unsichere litis aestimatio festgestellt werden muss: jene können daher gebucht werden, diese nicht. Nichts ist nun natürlicher, als dass in einem von ökonomischen Gesichtspunkten beherrschten System diejenigen Actionen, deren voraussichtlicher Erfolg rechnungsmässiger Vermögensbestandteil ist, einen andern Platz einnehmen als diejenigen, die zwar bestimmt sind, einen eingetretenen Vermögensschaden auszugleichen, deren Gegenstand aber wegen der Ungewissheit ihres realen Erfolgs selber noch nicht im Vermögen mitzählt: hier entscheidet über die Stellung im System die Natur des Schadens, den die actio auszugleichen bestimmt ist, dort die Rücksicht auf ihre selbständige ökonomische Bedeutung.

Dies vorausgeschickt, wende ich mich nunmehr zu den einzelnen Titeln.

1) Rudorff, E. P. § 134 n. 1: quoniam tutor, qui pupillum fraudatur, uelut fur improbior est. Tutel und Furtum stehen auch im Sabinussystem zusammen, und es ist überaus wahrscheinlich, dass diese Zusammengehörigkeit auf die zwölf Tafeln zurückgeht, wo das furtum des Vormunds (actio rationibus distrahendis: fr. 55 § 1 de adm. tut.) in der unmittelbaren Nachbarschaft des gewöhnlichen furtum vorgesehen gewesen sein mag.

XV. De his quae cuiusque in bonis sunt.

Dieser Titel zerfällt in zwei Abteilungen, deren erste alle unter den Titel gehörigen Edicte (nebst beigefügten Formeln) enthält, während in der zweiten diejenigen (civilen oder prätorischen) Formeln proponirt sind, denen kein Edict entspricht[1]). Das im Einzelnen befolgte System lässt sich am besten bei der zweiten Abteilung, als der weit reichhaltigeren und in der Ordnung der Materien sicherer überlieferten, erkennen. Hier stehen voraus die in rem actiones. Diesen folgen die Klagen de damno dato, d. h. die Klagen, die Ersatz für zerstörte oder beschädigte Sachgüter bezwecken. Weiterhin die Teilungsklagen, vielleicht ebenfalls als Schädensklagen (de parte rei) gedacht[2]), wofür ihre von mir aufgedeckten Demonstrationen[3]) Anhaltspunkte bieten würden, wahrscheinlicher einfach als Klagen unter Mitberechtigten, die sehr natürlich an die Klagen aus Alleinberechtigung oder auch aus Mitberechtigung wider dritte Unberechtigte sich anschliessen. Die Materie „Mitberechtigung" — consortium — attrahirt sodann die eigentlich nicht hieher gehörige Materie „Mitverpflichtung" — consortium in diesem Sinne: wir finden daher hier die auf die Bürgschaft bezüglichen Formeln[4]). Den Schluss der Abteilung bilden als eine Art Anhang diejenigen Iudicien, die sei es ein anderes Iudicium vorzubereiten, sei es den Schaden auszugleichen bestimmt sind, den eine Partei in einem andern Iudicium durch Verschulden einer an der Entscheidung beteiligten Person erlitten hat: man könnte sie iudicia praeparatoria und secutoria nennen. Ich habe dabei einerseits die actio ad exhibendum, andererseits die actio wider den mensor im Auge, bei der in erster Linie an ein durch dolus des mensor verloren gegangenes iudicium finium regundorum oder de modo agri zu denken ist[5]).

Für die Ordnung der Klagen innerhalb der genannten Kategorien war im Ganzen massgebend der zuerst von Rudorff gebührend betonte ökonomische Gesichtspunkt der Wertschätzung des Klagobjects: die Klassification der Klagen gründet sich hier wie in andern Teilen des Edicts im Wesentlichen „auf die Wichtigkeit und den Geldwert der materiellen Gegenstände, dergestalt, dass die Erbschaft als Vermögensganzes dem Grundstück, das Grundstück als sicherstes und unbewegliches einzelnes Vermögensstück dem Sklaven, der Sklave als vernunftbegabtes Wesen dem Tier und dieses als Organismus der leblosen beweglichen Sache voraufgeht"[6]). Diesem Princip entsprechend gehen in unserm Titel die Klagen de uniuersitate denen de singulis rebus, unter diesen die de fundo denen de ceteris rebus voran. Die Vindication der Sache selbst aber geht selbstverständlich wieder derjenigen von blossen iura in re und diejenige des umfassenderen ius in re der des minder umfassenden vor. So gewinnen wir unter den Vindicationen die Reihenfolge: hereditatis petitio, rei uindicatio, Personal-, Realservitutklagen. Unter den Schädens-

1) Vgl. oben S. 8.

2) So Rudorff, E. P. p. 270.

3) Vgl. Teil II § 79—81.

4) Die von Huschke, Lehre des röm. R. vom Darlehen (1882) S. 217, versuchte Erklärung für die systematische Stellung der Bürgschaft beruht auf unrichtiger Ansicht über die Stellung der Präscriptionenlehre im Edictsystem.

5) Vgl. fr. 1 pr. si mensor (11. 6).

6) Rudorff, Zschr. f. R. G. III S. 62.

klagen hinwieder steht die actio de modo agri als actio de fundo voran, und entsprechend im Anhang die actio wider den mensor vor der actio ad exhibendum. Anomal ist bei den Teilungsklagen das Voranstehen der actio finium regundorum; man sollte an erster Stelle die actio familiae erciscundae erwarten; die Tatsache ist wol nur historisch zu erklären[1]).

Erst als unterstes Einordnungsprincip kommt der geschichtliche Ursprung der Klagen (älteres — jüngeres Civilrecht, prätorisches Recht, ius extraordinarium) zur Geltung. Die h. p. ciuilis geht der possessoria, diese der fideicommissaria vor; die rei uindicatio ciuilis der actio uectigalis; die Schädensklagen der 12 Tafeln der actio legis Aquiliae, diese letztere der ihr nachgebildeten actio in factum aduersus nautas; die directa communi diuidundo der utilis.

Die unter unserm Titel proponirten Edicte waren ohne Zweifel nach den gleichen obersten Gesichtspunkten geordnet wie die Formeln. Daher ist es gerechtfertigt, die bei Paul. 19 behandelte Publiciana als Vindication den ebenfalls bei Paul. 19 erörterten Schädensedicten voranzustellen; den Schluss bildet das Edict Si iudex litem suam fecerit: das hier proponirte Iudicium ist secutorischer Natur und steht daher auf einer Stufe mit der Klage Si mensor falsum modum dixerit.

XVI. De religiosis.

Den Kern dieses Titels bilden die Edicte einerseits zur Wahrung des Eigentums gegen unbefugte Illation einer Leiche, andererseits zum Schutz des Begräbnissrechts und des sepulchrum selbst. Bloss attrahirt sind die Edicte Si locus religiosus pro puro uenisse dicetur und de sumptibus funerum. Letzteres steht, da nicht auf ein Grundstück bezüglich, am Schluss.

XVII. De rebus creditis.

In diesem Titel standen die Civilklagen voraus, die prätorischen (und zwar auch die auf Edict beruhenden) folgten. Dies nimmt auf den ersten Blick Wunder, da in tit. XV die Edicte den Civilklagen vorausgehen. Vielleicht erklärt sich die Abweichung daraus, dass (s. § 95) in engstem Zusammenhang mit der actio certae creditae pecuniae auch ein Edict („soluere aut iurare cogam“) proponirt war. Es ist aber überhaupt nicht geboten, aus der Zweiteilung des tit. XV ein allgemeines Klassificationsprincip für das ganze Edict abzuleiten. Der Prätor kann jene Zweiteilung in dem so überaus umfangreichen tit. XV zweckmässig gefunden, in unserm Titel dagegen es für angemessener gehalten haben, die beiden Civilklagen, die die Signatur des ganzen Titels bilden, voranzustellen. Die Ordnung im Einzelnen ist folgende[2]):

A. Civilklagen (condictio), si certum petetur (§ 95):
  1. Certa pecunia.
  2. Certa res.

1) Stellung in den 12 Tafeln und danach in den Legisactionensystemen? frühere Aufnahme in das Edict? Andere Erklärung, die mich nicht befriedigt, bei Rudorff, Zschr. f. R. G. III S. 68.

2) Anders Rudorff, E. P. p. 271.

B. Prätorische Klagen, si certum petetur:
1. Jedermann zuständige:
a. Certa pecunia.
α. de eo quod certo loco dari oportet (§ 96).
β. de pecunia constituta (§ 97).
b. Certa res[1]).
α. commodati uel contra (§ 98).
β. pigneraticia uel contra (§ 99).
2. Specialklage der Argentarien (§ 100).

Commodati und pigneraticia sind gewiss beide an diesen Ort gestellt worden, ehe sie ihre in ius concipirte Formel erhielten, die sie unter die bonae fidei iudicia gewiesen hätte. Warum wir nicht auch actio depositi und fiduciae hier finden, ist mit völliger Bestimmtheit nicht zu sagen. Wahrscheinlich war für die Stellung der ersten beiden Klagen das scharf bestimmte „eamque rem redditam non esse" der Formel entscheidend, das sie in nächste Nähe zur condictio certae rei rückt: bei der actio depositi ist die Strenge der in factum concipirten intentio durch den Zusatz dolo malo, bei der actio fiduciae durch die Clausel „ut inter bonos bene agier oportet" gemildert und so die Verwandtschaft mit den bonae fidei iudicia deutlicher hervortretend. Für die Stellung der actio commodati kam vielleicht auch die ökonomische Verwandtschaft des Commodats mit dem Darlehen in Betracht.

XVIII. Quod cum magistro nauis institore eoue qui in aliena potestate erit negotium gestum erit.

Den Grund, warum innerhalb dieses Titels die actio exercitoria, institoria, tributoria den andern adjecticischen Klagen voraussteben, gibt Ulp. 29 fr. 1 de peculio (15. 1) dahin an:

> Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc peruenire, ubi de peculio datur actio.

Dieser Bericht gibt aber schwerlich die Intentionen des Prätors richtig wieder und ist vielmehr nur bezeichnend für das geringe Mass an Nachdenken, das Ulpian Systemfragen widmete. Das hier namhaft gemachte Einteilungsprincip trifft nämlich in mehrfacher Richtung nicht zu. Einmal beziehen sich die actio exercitoria und institoria nach dem Wortlaut des Edicts keineswegs bloss auf Geschäfte von Gewaltunterworfenen; zweitens ist es nicht wahr, dass die erstproponirten Klagen alle in solidum gehen (die tributoria nämlich nicht); und drittens ist gerade unter den letztproponirten Klagen wieder eine in solidum (die actio quod iussu). Die actio exercitoria, institoria, tributoria dürften vielmehr ihre Zusammenfassung, wie Baron[2]) mit Recht vermutet, dem Umstand verdanken, dass sie aus gewerbemässigem Geschäftsbetrieb durch einen Andern entspringen. Unter ihnen selbst wieder steht die exercitoria als die ältere der institoria voraus, die tributoria aber, weil nicht in solidum gehend, zuletzt. Die Ordnung unter den übrigen

1) Vgl. Teil. II unter tit. XVII.
2) Zschr. f. Handelsr. XXVII, S. 121 fgg., die adject. Klagen (1882) S. 183 fgg.

adjecticischen Klagen ist gegeben durch die Unterscheidung: quod iniussu .... quod iussu[1]). Das Edict über das beneficium competentiae des gewaltfrei gewordenen Hauskinds bildet einen Anhang. Dessgleichen verdankt das Edict ad SC Vellaeanum seine Stellung im System wohl lediglich der Attractionskraft der vorhergehenden Edicte. Von der potestas aus lag der Gedanke an manus, Geschlechtstutel, Frauen nahe, und so kam man von den Geschäften der Gewaltunterworfenen zu denen der Frauen, obwohl hier von einer adjecticischen Haftung keine Rede ist.

XIX. De bonae fidei contractibus.

Hier steht wieder, was der Titel an Edicten enthält, voraus: das Edict de deposito nebst Formel. Das Depositum zieht die andern mit directa und contraria actio ausgestatteten Contracte heran; unter diesen steht die altertümliche actio fiduciae als die ältere der actio mandati voraus. Den directae und contrariae actiones folgt die actio pro socio, weil diese jenen insofern äusserlich ähnelt, als auch sie ihre Erhebung durch die eine oder andere Partei lediglich in der Stellung zu erkennen gibt, die die Parteinamen in der Formel haben, während die demonstratio sich immer gleich bleibt. Eben dies gilt auch von der actio de aestimato, die darum (anders als in den Digesten) vor den beiden den Schluss bildenden doppelseitigen Klagen — empti uenditi, locati conducti — steht.

XX. De re uxoria.

Unter diesem Titel steht nach allen Commentaren die actio rei uxoriae als Hauptklage und Signatur des Titels voran. Das Edict über die Eideszuschiebung de rebus amotis ist bei Ulpian schon in die Darstellung der actio rei uxoriae (gelegentlich der retentio ob res amotas) verwoben, bei Paulus dagegen erst gelegentlich der actio rerum amotarum erörtert. Das Album hatte wahrscheinlich die natürliche Reihenfolge: Rei uxoriae, Edict de rebus amotis, actio rerum amotarum. Die Stellung des Edicts de alterutro und des iudicium de moribus ist unsicher.

XXI. De liberis et de uentre.

Ist die von mir den Digesten entnommene Reihenfolge der Materien in diesem Titel die authentische des Edicts — aus den Inscriptionen der Commentare läst sich dies nicht beweisen —, so stand das praeiudicium de partu agnoscendo voraus, vermutlich desshalb, weil es sich auf lebende Kinder bezieht, während die folgenden Edicte vom uenter und den mit dem Ungeborenen juristisch verknüpften Verhältnissen handeln.

XXII. De tutelis.

Hier finden wir wieder an erster Stelle die Edicte des Titels[2]) (§ 121—123), an zweiter die Formeln (§ 124—127). Unter letztern nehmen den ersten Platz die beiden Civilklagen, und zwar die actio tutelae als iudicium generale[3]) vor dem ältern iudicium speciale de rationibus distrahendis; es

1) Vgl. das Edict in fr. 2 pr. quod cum eo (14. 5): siue sua uoluntate siue iussu eius in cuius potestate erit contraxerit.

2) Vorausgesetzt, dass wir uns auf Ulpians Commentar verlassen dürfen: die übrigen Edictswerke lassen uns hier im Stich.

3) Vgl. fr. 38 pr. pro socio (17. 2).



folgt die prätorische actio protutelae; den Schluss bildet die extraordinäre actio subsidiaria aduersus magistratum.

XXIII. De furtis.

Die Ordnung in diesem Titel, hinsichtlich deren wir uns übrigens ganz auf Ulpian und die Digesten verlassen müssen, ist die: 1. Civilklagen (§ 128—131), 2. prätorische Klagen (§ 132—139). Unter den Civilklagen geht die auf das Hauptdelict bezügliche actio furti nec manifesti der actio de tigno iuncto voraus; die Stelle der actio furti concepti und oblati ist nicht zu ermitteln. Die Ordnung der prätorischen Klagen, auch diese nur zum Teil in den Digesten überliefert, ist wohl einfach die historische nach der Entstehungszeit der Edicte; höchstens die actio arborum furtim caesarum könnte ihre Stellung am Schluss etwa auch der enge begrenzten Natur ihres Tatbestands oder vielleicht dem Umstand verdanken, dass sie kein eigentliches furtum voraussetzt, sondern nur durch das Wort furtim unter den Titel de furtis attrahirt ist.

XXIV. De iure patronatus.

Das Hauptstück dieses Titels ist Edict und iudicium de operis libertorum. Als blossen Anhang sehe ich das praeiudicium über die Ingenuität an, das ohne Zweifel vorzugsweise[1]) gerade auf den Fall berechnet war, wo der wegen der zugesagten operae in Anspruch genommene Freigelassene die Leistung auf Grund angeblicher Ingenuität weigert.

§ 3.

Der dritte Abschnitt: von der ausserordentlichen Rechtshilfe (imperium).

Die Titelfolge in diesem Abschnitt ist, ohne Rücksicht auf die innere Natur der behandelten Materien, lediglich durch das Wertprincip dictirt, das wir oben (bei tit. XV) kennen gelernt haben. Voranstehen die Rechtsmittel de uniuersitate (tit. XXV—XXVII: de bonorum possessionibus, de testamentis, de legatis); es folgen die de fundo (tit. XXVIII—XXX: de operis noui nuntiatione, de damno infecto, de aqua et aquae pluuiae arcendae), diesen wieder die de homine (tit. XXXI: de liberali causa), endlich die de ceteris rebus. Unter den letzten nehmen die beiden Titel (XXXII. XXXIII) de publicanis und de praediatoribus den ersten Platz ein, weil bei ihrem Gegenstande das Staatsinteresse direct beteiligt ist; den zweiten die schweren und schwer verpönten Delicte des tit. (XXXIV) de hominibus coactis etc.; den Schluss bildet das leichteste unter den recuperatorischen Delicten: die Injurie (tit. XXXV). Einer besondern Betrachtung bedürfen nur die tit. XXV—XXVII, XXXI, XXXV.

XXV. De bonorum possessionibus.

Das (von Rudorff[2]) zum Teil verkannte) System innerhalb dieses Titels ist folgendes:

1) Vgl. fr. 6 si ingenuus (40. 14). 2) E. P. p. 273 sq.

A. Si tabulae testamenti extabunt.
  1. Generalia edicta.
    a. bonorum possessio contra tabulas nebst Anhängen (§ 142—148).
    b. bonorum possessio secundum tabulas (§ 149).
  2. Specialia edicta:
    a. de bonis libertorum (§ 150—153).
    b. si a parente quis manumissus sit (§ 154).
    c. bonorum possessio ex testamento militis (§ 155).

B. Si tabulae testamenti nullae extabunt.
  Hier folgen die Intestatklassen der Reihe nach (§ 156—162).

C. Clausulae generales.
  1. Quibus non competit b. p. (§ 163).
  2. Ut ex legibus senatusue consultis bonorum possessio detur (§ 164).
  3. Successorium edictum (§ 165).

XXVI. De testamentis.

In diesem Titel stand das Edict über die Testamentseröffnung (D. 29. 3) naturgemäss vor dem Edict Si quis omissa causa testamenti (D. 29. 4), und zuletzt folgt, weil an ius extraordinarium angelehnt, das Edict ad SC Silanianum. Ganz an den Eingang habe ich das Edict de condicionibus institutionum gesetzt, weil es sich auf den Inhalt des Testaments bezieht, der Testamentsinhalt aber der Testamentseröffnung gegenüber das prius ist.

XXVII. De legatis.

Die Materienfolge ist hier die, dass das ordentliche Rechtsmittel des Legatars den ausserordentlichen Hilfsmitteln des Erben (cautio usufructuaria) und Legatars (cautio, eventuell missio) vorangeht.

XXXI. De liberali causa.

An der Spitze stehen die Formeln für den Freiheitsprozess in beiden Formen. Es folgt das praeiudicium für den Fall des Streits, ob die eine oder die andere Formel die in concreto passende sei. Zuletzt die Strafklagen, die sich an den Freiheitsprozess anknüpfen können, als Anhänge.

XXXV. De iniuriis.

Die Ordnung dieses Titels erläutert sich von selbst: 1. Generaledict (§ 190), 2. Spezialedicte, anscheinend willkürlich geordnet (§ 191—193), 3. Edicte über die an Gewaltunterworfenen und von solchen verübten Injurien (§ 194—196). An den Schluss habe ich ohne positiven Anhalt das contrarium iudicium gesetzt, das aber ebenso gut schon im generale edictum verheissen gewesen sein kann.

§ 4.

Der vierte Abschnitt: Execution und Nichtigkeitsbeschwerde.

Dieser von Rudorff wenig gründlich behandelte Abschnitt zerfällt deutlich in drei Teile: Personalexecution, Realexecution, Nichtigkeitsbeschwerde, worunter die beiden ersten ohne Zweifel in mehrere Titel getrennt waren.

Der Unterabschnitt „Personalexecution“, sehr fragmentarisch überliefert, enthielt mindestens zwei Titel, deren erster (XXXVI: qui nisi sequantur

ducantur) die Voraussetzungen und näheren Bedingungen der Duction ordnete, während der zweite (XXXVII: qui neque sequantur neque ducantur) die Befreiungen feststellte.

Im Unterabschnitt „Realexecution" unterscheide ich vier Titel. Tit. XXXVIII (quibus ex causis in possessionem eatur) stellt die verschiedenen causae der missio zusammen und zwar: 1. der missio in bona uiuorum (§ 202—206); 2. der missio in bona mortuorum (§ 207—211), — hier sind die Edicte über Deliberationsrecht und Abstention eingeschoben, die mit der Clausel Cui heres non extabit in unverkennbarem innerm Zusammenhange stehen; 3. (vermutungsweise) der missio in bona capite minutorum (§ 212). Tit. XXXVIIII (de bonis possidendis proscribendis uendundis) ordnet die Rechte und Pflichten der eingewiesenen Gläubiger und das Verfahren bis zur bonorum uenditio und sichert diese Vorschriften, soweit nötig, durch Strafklagen. Tit. XL (quemadmodum a bonorum emptore uel contra eum agatur) ordnet die Rechtsverhältnisse des bonorum emptor; wie in tit. XXXVIII wird auch hier unterschieden zwischen den bona uiuorum (actio Rutiliana nebst Zubehör, § 218—221) und den bona mortuorum (actio Seruiana nebst angeschlossenem Edict de separationibus, § 222. 223). Tit. XLI (de curatore bonis dando) hat den Charakter eines Anhangs: er handelt von einer auf Antrag der Gläubiger zulässigen, im ordentlichen Verlauf des Verfahrens aber nicht von selbst gegebenen Sicherheitsmassregel: er normirt die Rechtsstellung des curator bonorum und zwar sowohl im Allgemeinen (§ 224), wie speziell im Falle der Veräusserung in fraudem creditorum (actio Pauliana, § 225).

Den Abschluss (nicht, wie Rudorff annimmt, den Anfang) des vierten Edictabschnitts bildet passend die Materie der Nichtigkeitsbeschwerde, der Titel de re iudicata (XLII).

§ 5.

Die Anhänge des Edicts.

A. Die Interdicte.

Das System in der Anordnung der Interdicte ist von Rudorff[1]) im Ganzen richtig reconstruirt worden; einige Irrungen sollen im Folgenden berichtigt werden.

Den ersten Rang nehmen die Interdicte de uniuersitate ein (§ 227—234). Zu diesen rechne ich auch (anders Rudorff, E. P. § 274. 275) das interdictum possessorium und sectorium.

Nun folgen die Interdicte de singulis rebus. Unter diesen stehen voran diejenigen de rebus diuini iuris (§ 235. 236). Die zweite Stelle haben diejenigen de rebus publicis (§ 237—244). Diese leztern teilt R. ein in solche de locis publicis, de itineribus publicis, de fluminibus (publicis). Mir scheinen vielmehr die Edicte de locis und itineribus zusammen das erste Glied der Einteilung zu bilden; denn in den Digesten schiebt sich ein Edict de loco

1) E. P. p. 277 sqq., vgl. Zschr. f. R. G. III. S. 64.

publico (§ 239) mitten unter die Edicte de itineribus publicis ein, und es ist gerade hier kein Grund, der Digestenordnung zu misstrauen. Das Einteilungsprincip wird also wohl sein: öffentliches Land (§ 237—240), öffentliches Wasser (§ 241—244). Als dritte und letzte Kategorie unter den Interdicten de singulis rebus finden wir diejenigen de rebus priuatis, und zwar nach folgendem System geordnet:

I. De rebus soli.
  A. De praediis.
    1. Recuperandae possessionis[1]) (§ 245: Unde ui nebst Anhängen).
    2. Adipiscendae possessionis[2]) (§ 246: Ne uis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus erit).
    3. Retinendae possessionis (§ 247: Uti possidetis nebst Anhängen).
    4. Mixta tam adipiscendae quam reciperandae possessionis[3]) (§ 248: Quem fundum und quem usumfructum).
  B. De superficiebus (§ 249).
  C. De iuribus praediorum.
    1. Rusticorum.
      a. De itineribus (§ 250).
      b. De aqua
        α. ducenda (§ 251. 252).
        β. haurienda (§ 253).
    2. Urbanorum (§ 254: de cloacis).
    3. Tam rusticorum quam urbanorum (hieher setze ich vermutungsweise das Interdict Quam seruitutem, § 255).
  D. De operibus in solo factis.
    1. Quod ui aut clam (§ 256).
    2. Si opus nouum nuntiatum erit (§ 257).
    3. De precario (§ 258). Dies eigentlich nicht hieher gehörige Interdict ist vom interdictum Quod ui aut clam attrahirt: es verdankt seinen Platz der Gewohnheit, die drei Worte ui clam precario zusammenzuhören[4]).
  E. De arboribus et fructibus arborum (§ 259. 260).
II. De rebus mobilibus.
  A. De hominibus liberis (§ 261—263).
  B. De seruis et ceteris rebus.
    1. Generale de possessione (§ 264: Utrubi).
    2. Specialia:
      a. de pignoribus (§ 265—267).
      b. de rebus in fraudem creditorum alienatis[5]) (§ 268).

1) Anderes Einteilungsprincip bei Rudorff, E. P. p. 278, beruhend auf falscher Placirung des Interdicts Quem fundum.

2) Vgl. fr. 52 § 2 de a. u. a. p. (41. 2.)

3) Cf. Ulp. fr. Vindob. § 4.

4) Anders, durchaus unhaltbar, Rudorff, E. P. p. 279 (vgl. § 261), der um dieses Interdicts willen eine besondere Kategorie „de partibus (?) agrorum, item de iuribus praediorum et rebus mobilibus“ aufstellt.

5) Rudorff, (E. P. p. 280) setzt das interdictum fraudatorium unter die Kategorie de praetorio pignore. Der Gesichtspunkt, dass das interdictum fraudatorium ein Pfandrechtsmittel sei, ist aber den Quellen fremd.

B. Die Exceptionen.

Die Anordnung der Exceptionen im Edict, wie sie sich aus den Commentaren ergibt, scheint auf den ersten Blick eine durchaus willkürliche, und in der Tat hat Rudorff darauf verzichtet, hier ein System zu suchen. Gleichwohl liegt auch hier ein solches zu Grunde. Augenscheinlich nämlich entsprechen die im Album zuerst proponirten Exceptionen (Ulp. 74. 75) ihrem Charakter nach dem ersten Edictsabschnitt: sie beziehen sich auf Ordnung und Sicherung des Rechtsgangs. Wir finden hier die Exceptionen, die die Versäumung des Vadimoniums entschuldigen, wozu auch die exceptio pacti gehört, die exceptiones cognitoriae und procuratoriae, die exceptio temporis, die exceptiones praeiudiciales und die exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae[1]). Auf diese, man möchte sagen, Prozessexceptionen[2]) folgen weiter (Ulp. 76) die eigentlichen Contractsexceptionen — rei uenditae et traditae, doli, metus — und als Anhang endlich erstens diejenigen Exceptionen, deren Tatbestand im Edict bereits als Grund zur denegatio actionis vorgesehen war (quarum rerum actio non datur), und zweitens die allgemeine exceptio Si quid contra legem senatusue consultum factum esse dicetur. Auffallend ist nur, dass wir bei Ulp. 74 mitten unter den Prozessexceptionen die auf die Contracte der Argentarien bezüglichen Exceptionen finden[3]). Dies dürfte sich daraus erklären, dass auch in dem ersten Edictsabschnitt, unter den Titeln de edendo und de receptis, die Bücher und gewisse Contracte der Argentarien vorkommen: die Ordnung der Exceptionen lehnt sich an die des ersten Edictsabschnitts an.

C. Die prätorischen Stipulationen.

Die im Edict proponirten Stipulationen zerfallen, wie auch Rudorff[4]) richtig erkannt hat, in zwei Kategorien: Stipulationen, die den Fortgang und die Sicherung des Erfolgs eines bereits vor den Prätor gebrachten Rechtsstreits, und solche, die die Sicherung sonstiger Parteiansprüche zum Zwecke haben[5]). Zu erstern gehören die Vadimonien, die cautio pro praede litis et uindiciarum, die cautio iudicatum solui (§ 280—282). Die zweite Kategorie ist wieder eingeteilt in cautiones de uniuersitate und de singulis rebus. Unter jenen stehen die erbrechtlichen, einschliesslich der Cautionen de legatis, als die wichtigsten voran (§ 283—287). Ihnen folgt als einzige de bonis uiuorum die cautio rem pupilli saluam fore, von welcher die cautio ratam rem haberi attrahirt ist[6]). Stipulationen de singulis rebus sind die de auctoritate (satisdatio secundum mancipium), deren Anziehungskraft auch die actio auctoritatis ihre Stelle in

1) Die exceptiones litis diuiduae und rei residuae habe ich nur vermutungsweise hier eingefügt.

2) Der Ausdruck wird nicht missverstanden werden: er ist natürlich nicht im Sinne unserer „Prozesseinreden" gemeint.

3) Den Wahrscheinlichkeitsbeweis, dass die drei Exceptionen mercis non traditae, redhibitionis, pecuniae pensatae unter diese gemeinsame Rubrik gehören, habe ich unten in § 272 geliefert.

4) E. P. p. 281.

5) Ich vermeide die von Rudorff gebrauchten Ausdrücke stipulationes iudiciales und cautionales, die in diesem Sinne nicht quellenmässig überliefert sind.

6) Anders Rudorff, E. P. p. 281. Die Erwähnung der Tutel erinnerte aber an die Stellvertreter überhaupt. Vgl. insbesondere auch Gai. IV. 99.

diesem Abschnitt verdankt, ex operis noui nuntiatione[1]), damni infecti. Rudorff ist aufgefallen, dass die erstgenannte Caution den beiden andern vorgeht, und er erklärt dies so, dass er jene als stipulatio communis, diese als specielle de rebus soli bezeichnet. M. E. sind sie alle drei Stipulationen de rebus soli, insofern nämlich als höchst wahrscheinlich anzunehmen ist, dass die satisdatio secundum mancipium mit Beziehung auf die wichtigste res mancipi — den fundus — proponirt war.

§ 6.

Anhang. Das ädilicische Edict.

Das ädilicische Edict war von Julian dem prätorischen als Anhang beigefügt[2]). Sein System ist überaus einfach. Es hat drei Rubriken: de mancipiis, de iumentis, de feris. Am Schluss ist die von den Aedilen formulirte stipulatio duplae proponirt. Innerhalb der Titel ist eine weitere Ordnung nicht bemerkbar: es dürfte hier lediglich die Entstehungszeit der Edicte für ihre Reihenfolge entscheidend gewesen sein.

1) Diese Caution sichert zwar, ganz ebenso wie die cautio pro praede litis et uindiciarum und die cautio iudicatum solui, den Erfolg eines Rechtsstreits. Aber dieser Rechtsstreit steht erst noch bevor, sie wird aussergerichtlich geleistet, und ihr nächster Zweck ist der, dem Nuntiaten das Weiterbauen zu ermöglichen. Daher ihre Stellung im System.

2) Daher wird die ädilicische Stipulation zu den prätorischen gerechnet: fr. 5 pr. de V. O. (45. 1), § 2 J. de diu. stip. (3. 18), schreibt Paul. sent. I. 15 § 2 das Edict de feris dem Prätor zu, und scheinen im Schulgebrauch der Commentare die libri ad edictum aedilium curulium den libri ad edictum praetoris zugezählt worden zu sein (vgl. unten bei § 293).

ZWEITER TEIL.

DIE EINZELNEN EDICTE

UND

FORMELN.

Tit. I.

DE IIS, QUI IN MUNICIPIO COLONIA FORO IURE DICUNDO PRAESUNT[1]).

§ 1. SI QUIS IUS DICENTI NON OBTEMPERAUERIT[2]).

Ulp. 1[3]), Paul. 1[4]), Gai. 1[5]).

In diesem Edict war ein iudicium auf quanti ea res est wider denjenigen verheissen, der den Decreten des ius dicirenden Municipalmagistrats nicht gehorchte[6]).

Die Beziehung auf die Municipalmagistrate ergibt sich zur Evidenz aus fr. 1 h. t.:

> Omnibus magistratibus, non tamen duumuiris, secundum ius potestatis suae concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio.

Die Duumvirn können ihre Jurisdiction nicht selbst durch iudicium wahren: darum, das ist hinzuzudenken, tut dies an ihrer Stelle der Prätor. Zur Unterstützung dienen Paul. 1 fr. 20 de iurisd. (2. 1), Gai. 1 fr. 29 ad munic. (50. 1), Stellen, deren Zugehörigkeit zu unserm Edict ebenso unzweifelhaft ist, wie ihre Beziehung auf die Municipaljurisdiction.

Die Digestenrubrik (2. 3) war vermutlich auch Edictsrubrik. Auf die Worte „si quis" geht anscheinend Ulp. 1 fr. 1 de V. S.

Das verheissene iudicium dürfte Popularklage gewesen sein: wer dem Municipalmagistrat zu widerstehen vermochte, wird häufig auch in der Lage gewesen sein, seinem Gegner die Klagerhebung in Rom zu verleiden, so dass zum Schirm der magistratischen Autorität die Popularklage durchaus am Platze war[7]).

Von der ohne Zweifel in factum concipirten Formel wissen wir nur so viel sicher, dass sie auf quanti ea res est gerichtet war[8]).

1) Der Wortlaut des Titels ist nicht bezeugt. Vgl. übrigens Prob. Einsidl. 22: M. C. F. = municipi*o* *colonia* for*o*. Zum ganzen Titel vgl. meine Abhandlung in der Zschr. der Savigny-Stiftung II S. 16 fgg.

2) D. (2. 3).

3) Fr. 1 h. t., fr. 1 de V. S. (50. 16). Wahrscheinlich auch fr. 3, 8 de popul. act. (47. 23). Vielleicht auch fr. 25 ad munic. (50. 1), vgl. Lenel, a. a. O. S. 28.

4) Fr. 20 de iurisd. (2. 1). Wahrscheinlich noch fr. 35 de O. et A. (44. 7), fr. 2 de popul. act. (47. 23), fr. 28 ad munic. (50. 1); zu letzterer Stelle s. Lenel, a. a. O. S. 19 n. 10.

5) Fr. 29 ad munic. (50. 1).

6) Lenel, a. a. O. S. 17 fgg. Eine verwandte Strafklage findet man in l. col. Gen. c. 129.

7) Lenel, a. a. O. Hierher würden dann Ulp. 1 fr. 3, 8 de popul. act. (47. 23) und Paul. 1 fr. 2 eod. zu ziehen sein.

8) Ulp. 1 fr. 1 i. f. h. t. An dies erste iudicium des Edicts mag dann Paulus die allgemeinen Erörterungen über die Dauer der honorarischen Klagen in fr. 35 de O. et A. angeknüpft haben.

§ 2. SI QUIS IN IUS UOCATUS *AD EUM, QUI IN MUNICIPIO COLONIA FORO IURE DICUNDO PRAEERIT,* NON IERIT SIUE QUIS EUM UOCAUERIT, QUEM EX EDICTO NON DEBUERIT[1]).

Ulp. 1[2]), Paul. 1[3]).

Dies Edict dehnte die unter dem Titel de in ius uocando proponirten Strafklagen, die sich nur auf den Fall der in ius uocatio vor den Prätor selbst bezogen, auf den Fall einer solchen vor Municipalmagistrate aus[4]). Die Municipalmagistrate hatten zwar Multirungsrecht[5]), aber nach fr. 1 pr. si quis ius dicenti (2. 3) zur Zeit Hadrians nicht mehr die Macht, zur Wahrung ihrer Jurisdiction ein Poenaljudicium anzuordnen, und diese Lücke füllte hier der Prätor aus. Darum ist bei Paul. 1 fr. 2 § 1 h. t. die von dem competens iudex, d. h. dem in der Hauptsache zuständigen Municipalmagistrat, ex causa zu verhängende und zu erlassende mulcta der im Interesse des Klägers eingeführten, vom Prätor wie zu gewährenden so zu versagenden[6]), Poenalklage (poena) entgegengestellt.

Eine unverkennbare Spur der Beziehung unseres Edicts auf Municipalmagistrate enthält ferner Ulp. 1 fr. 1 h. t. in den Worten:

> Si quis in ius uocatus fideiussorem dederit .... non suppositum iurisdictioni illius, ad quem uocatur ...

„Ille ad quem uocatur“ kann in einem Commentar zum prätorischen Edict nicht der Prätor selbst sein sollen[7]).

Der Wortlaut der Clausel wie auch derjenige der jedenfalls in factum concipirten Formeln ist uns nicht überliefert. Letztere dürften mit den unter dem Titel de in ius uocando proponirten bis auf die Bezeichnung des Magistrats, vor den die in ius uocatio stattgefunden hatte, identisch gewesen sein. Auf Worte der Formel für den Fall „si quis eum uocauerit quem ex edicto non debuerit“ dürfte — arg. Gai. IV. 46 — zu deuten sein Ulp. 1 fr. 102 pr. de R. I.:

> Qui uetante praetore fecit, hic aduersus edictum fecisse proprie dicetur[8]).

§ 3. *DE CAUTIONE ET POSSESSIONE EX CAUSA DAMNI INFECTI DANDA.*

Ulp. 1[9]), Paul. 1[10]), Gai. 1[11]).

Ulp. 1 fr. 4 de iurisd. (2. 1):

1) D. (2. 5). Zu den in der Digestenrubrik fehlenden cursiv gedruckten Worten vgl. Prob. 5, 1 und Einsidl. 22.

2) Fr. 1 h. t., fr. 102 de R. J. (50. 17).

3) Fr. 2 h. t., fr. 1 in ius uoc. (2. 6), fr. 4 de feriis (2. 12) — vgl. fr. 1 pr. eod., fr. 2 i. f. h. t. —. Fr. 19, 21 de in ius uoc. (2. 4), fr. 103 de R. J. ziehe ich zum Edict des § 3.

4) Andere unhaltbare Vermutungen bei Rudorff, Zschr. f. R. G. IV, S. 9 fgg. (aufgegeben im E. P.), dem Bruns in den fontes folgt, und bei Voigt, Abh. der phil.-histor. Klasse der kgl. sächs. Gesellsch. der Wissensch. VIII, S. 368 fgg.

5) Vgl. Huschke, die Multa und das Sacramentum, S. 39 fgg.

6) Ulp. 1 fr. 102 § 1 de R. J.

7) Lenel, a. a. O. S. 23. Vgl. auch Paul. 1. fr. 2 pr. h. t.: ... ad praetorem vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius vocatus uenire debet.

8) Lenel, a. a. O. S. 23 n. 24.

9) Fr. 1, 4 de damno inf. (39. 2), fr. 4 de iurisd. (2. 1), wahrscheinlich auch fr. 8 (6) de adm. rer. (50. 8) und fr. 6 de mag. conuen. (27. 8). Zu letzteren Stellen vgl. Lenel, a. a. O. S. 27 fgg.

10) Fr. 5 de damno inf. (39. 2); fr. 19, 21 de in ius uoc. (2. 4), fr. 103 de R. J. cf. fr. 4 § 5 de damno inf.; fr. 105 de R. J. cf. fr. 4 § 4 de damno inf.; fr. 9 (7) de adm. rer. (50. 8) s. Lenel, a. a. O. S. 28; fr. 26 ad munic. (50. 1) s. Lenel, a. a. O. S. 24 n. 26.

11) Fr. 6 de damno inf. (39. 2).

Iubere caueri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis.

Paul. 1 fr. 26 pr. ad munic. (50. 1):

Ea quae magis imperii sunt quam iurisdictionis magistratus municipalis facere non potest.

In unserer Clausel erteilte der Prätor den nach obigen Grundsätzen hiefür an sich nicht zuständigen Municipalmagistraten den Auftrag, bei erbetener cautio damni infecti diese anzuordnen, eventuell die h. z. T. sog. missio ex primo decreto zu erteilen; gegen den säumigen Magistrat war Klage auf Schadenersatz verheissen[1]). Die s. g. missio ex secundo decreto behielt sich der Prätor vor[2]).

Vom Wortlaut der Clausel, der unter Benutzung von l. Rubria c. 20 und fr. 7 pr. de damno inf. (39. 2) vermutungsweise leicht wiederherzustellen wäre, sind uns überliefert die Worte:

EIUS REI[3]) —

DUM EI QUI ABERIT PRIUS DOMUM DENUNTIARI IUBEAM[4]) —

IN EUM QUI QUID EORUM QUAE SUPRA SCRIPTA SUNT[5]) NON CURAUERIT, QUANTI EA RES EST CUIUS DAMNI INFECTI NOMINE CAUTUM NON ERIT, IUDICIUM *dabo*[6]).

Von der Formel berichtet Ulp. 1 fr. 4 § 8 de damno inf.:

hoc autem iudicium certam condicionem habet: si postulatum est[7]).

Wörtlich so kann dies aber wegen der Incongruenz des Tempus „si postulatum est" nicht in der Formel gestanden haben. Auf die Reconstruction der letztern ist wegen Mangels an Material zu verzichten[8]).

§ 4. DE FUGITIUIS[9]).

Ulp. 1[10]).

In dieser Clausel erteilt der Prätor den Municipalmagistraten[11]), vermutlich unter Verheissung eines iudicium wider den Säumigen, die Weisung:

fugitiuos[12]) in publicum deductos[13]) diligenter custodiant[14]).

Auf weitern Inhalt der Clausel deutet Ulp. 1 fr. 1 § 8a h. t.:

Eorumque nomina et notae et cuius se quis esse dicat ad magistratus deferantur, ut facilius adgnosci et percipi fugitiui possint (notae autem uerbo etiam cicatrices continentur). Idem iuris est, si haec in scriptis publice uel in aedes proponant[15]).

Das idem iuris est, wie auch der Umstand, dass der Jurist eine Erklärung des Worts notae gibt, lässt erkennen, dass wir es hier mit einer wirklichen Rechtspflicht zu öffentlicher Bekanntmachung von Namen, Kennzeichen u. s. w. der entlaufenen

1) Fr. 1, 4 de damno inf. (39. 2).
2) Fr. 4 § 4 de damno inf. (39. 2), fr. 105 de R. J.
3) Ulp. 1 fr. 4 § 1 de d. i. (39. 2): Si intra diem a praetore constituendum non caueatur, in possessionem eius rei mittendus est: EIUS REI sic accipe, siue tota res sit siue pars sit rei.
4) Ulp. 1. fr. 4 § 5 eod.
5) Cf. Prob. 5, 9.
6) Ulp. 1 fr. 4 § 7 eod.
7) Vgl. l. Rubria c. 20 i. A.
8) Wider Rudorff, E. P. § 3, s. Lenel, a. a. O. S. 25.
9) D. (11. 4).
10) Fr. 1 h. t., fr. 22 de iniur. (47. 10).
11) Ulp. 1 fr. 1 § 4 h. t.
12) Ulp. 1 fr. 1 § 5 h. t.
13) Ulp. 1 fr. 1 § 6 h. t.
14) Ulp. 1 fr. 1 § 7. 8 h. t.
15) Proponant: so der emendator ordinarius der Florentina an Stelle des ursprünglich geschriebenen proponas. Jenes dürfte die richtige Lesart sein.

Sklaven zu tun haben. Ich habe früher[1]) die Vermutung aufgestellt, dass diese Rechtspflicht Jedem oblag, der von jenen Dingen Kenntniss erhielt. Für wahrscheinlicher halte ich jetzt, dem ganzen Zusammenhang nach, dass es sich auch hier vielmehr um eine Rechtspflicht der Municipalmagistrate handelte: diese mögen in unserer Clausel angewiesen worden sein, dem praefectus uigilum, bezw. praeses prouinciae — an diese denke ich bei dem „ad magistratus (scil. maiores) deferantur", arg. fr. 1 § 8 h. t. — sofort eine genaue Beschreibung der ergriffenen fugitiui einzuliefern und überdies etwa noch den Fang und die Kennzeichen öffentlich ausrufen zu lassen. Auf die letzte Bestimmung könnte dann das „idem iuris est, si haec in scriptis ..... proponant" bezogen werden: sie wurden auch durch eine genügende schriftliche Bekanntmachung ihrer Verantwortlichkeit frei.

§ 5. ? ?

Paul. 1 fr. 2 de V. S.:

Urbis appellatio muris, Romae autem continentibus aedificiis finitur, quod latius patet[2]) (§ 1). Cuiusque diei maior pars est horarum septem primarum diei, non supremarum[3]).

Paul. 1 fr. 4 eod.:

Nominis appellatione rem significari Proculus ait.

Paul. 1 fr. 4 de H. P. (5. 3):

Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controuersia erat, etiam id quod postea coepit possidere restituet.

Obige Fragmente aus Paul. 1 passen zu keiner der bisher erörterten Clauseln. Ihr ursprünglicher Zusammenhang lässt sich nicht mehr ermitteln[4]). Jedenfalls liefern sie den Beweis, dass hier im Eingange des Edicts noch eine oder mehrere verloren gegangene Clauseln standen, die ohne Zweifel ebenfalls Bezug auf die Municipaljurisdiction hatten; bei der Manigfaltigkeit der mit der iurisdictio verknüpften Amtspflichten wäre dies ja auch schon ohne den in jenen Stellen liegenden Beweis sehr wahrscheinlich.

§ 6. *DE UADIMONIO ROMAM FACIENDO.*

Ulp. 2[5]), Paul. 2[5]), Gai. 1[6]).

Die Clausel de uadimonio Romam faciendo bildet den natürlichen Ab-

1) a. a. O. S. 31.

2) Cf. Prob. Einsidl. 20: U. R. = urbis Romae.

3) Cf. Prob. Einsidl. 24: M. P. D. = maiorem partem diei. Vgl. l. Acilia repet. v. 65, l. Julia munic. v. 16.

4) Vermutung, aber unbeweisbare Vermutung bei Lenel, a. a. O. S. 31 fgg. Daselbst auch Widerlegung von Rudorffs (E. P. § 2) anderweiter Hypothese.

5) Wahrscheinlich gehörte hieher das ganze zweite Buch sowohl des Ulpianschen wie des Paulinischen Commentars. Ueber die sichern, wahrscheinlichen, möglichen Beziehungen der einzelnen erhaltenen Fragmente habe ich mich a. a. O. S. 35 fgg. ausgesprochen. Hiezu folgende Nachträge: 1) Durch die 1880 aufgefundene Tafel von Este ist die besondere Stellung der causae famosae (a. a. O. S. 37) hinsichtlich der Abgrenzung der Jurisdiction jetzt auch inschriftlich bezeugt; 2) bei Ulp. 2 fr. 1 de iudic. (5. 1) — a. a. O. S. 38 unter 4. — kann auch an eine Prorogation vor den Municipalmagistrat selbst gedacht werden, cf. fr. 28 ad munic. (50. 1); 3) die S. 42 versuchte Deutung von Ulp. 2 fr. 76 de legat. III scheitert doch wohl an fr. 19 § 1 de iurisd. (2. 1); vielleicht ist statt Ulp. 2 zu lesen Ulp. 52, und gehört die Stelle in die Lehre von der cautio legatorum seruandorum causa — vgl. etwa fr. 14 § 1 ut legator. (36. 3); 4) zu fr. 5 § 1 de V. S. und dem dazu a. a. O. S. 43 Bemerkten vgl. fr. 2 § 1 de oper. publ. (50. 10).

6) Fr. 1 si quis caution. (2. 11).

schluss des Titels von der Municipaljurisdiction: sie handelt von dem Mittel, wodurch Sachen, die der letztern entzogen sind, nach Rom vor den höhern Magistrat übergeleitet werden. So sicher nun aber auch die Existenz dieser Clausel ist und so umfassend die Erörterungen sind, die die Commentare an dieselbe knüpfen, so können wir doch über den Inhalt der Clausel fast nur Vermutungen aufstellen. Jene Erörterungen sind offenbar zum grössten Teile nur durch die Gelegenheit unserer Clausel veranlasst und haben es inhaltlich nicht mit ihr, sondern mit anderweiten gesetzlichen Bestimmungen zu tun[1]). Gewiss ist, dass der Prätor hier über die Berechnung des Termins des Vadimonium edicirte; nur darauf können sich Gai. 1 fr. 1 si quis caution. (2. 11) und Ulp. 2 fr. 3 pr. de V. S. beziehen:

> Vicena milia passuum in singulos dies dinumerari praetor iubet ....
> ITINERE FACIENDO UIGINTI[2]) MILIA PASSUUM IN DIES SINGULOS PERAGENDA sic sunt accipienda, ut ...

Weiter dürfte ohne Zweifel eine Strafklage wider denjenigen verheissen gewesen sein, der die Stellung des Vadimonium nach Massgabe der gesetzlichen und edictalen Vorschriften verweigerte. Eine solche ist in der lex Rubria c. 21 i. f. erwähnt, hier allerdings als in der Municipalcompetenz liegend; dass sie aber dieser letztern in der Folgezeit entzogen und Gegenstand der prätorischen Competenz wurde, ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatze des fr. 1 pr. si quis ius dicenti (2. 3), wonach die Duumvirn überhaupt nicht mehr die Macht haben, ihre iurisdictio durch Poenalklagen zu schützen. Ob und welche Vorschriften endlich das Edict an dieser Stelle über die Abfassung des Vadimonium und die Art und Weise seiner Gestellung (ob als purum oder cum satisdatione oder iureiurando oder recuperatoribus suppositis) enthielt, muss dahinstehen.

Tit. II.

DE IPSIUS PRAETORIS IURISDICTIONE.

Diesen Titel leitet Ulpian durch eine Erörterung über die iurisdictio der magistratus maiores ein, eine Erörterung, die, wie sich aus Ulp. 3 fr. 2 § 1 de iudic. (5. 1) ergibt, nicht an das Edict, sondern an Bestimmungen der lex Iulia de iudiciis priuatis anknüpfte. Der Jurist bespricht hier den gewillkürten Gerichtsstand, die Verlängerung des tempus ad iudicandum datum, das ius domum reuocandi, das ius mulctae dicendae, die Unzulässigkeit der Jurisdiction in eigner Sache des Magistrats oder in Sachen seiner Angehörigen. Hieher gehört Ulp. 3 fr. 2 de iudic. (5. 1), fr. 10 de iurisd. (2. 1) und wahrscheinlich auch fr. 6 de V.-S. (50. 16): die in letzterer Stelle erläuterten Worte nomen, res, ex legibus dürften Worte der lex Julia sein[3]), die ja gar wohl irgendwo

1) Lenel, a. a. O. S. 35.

2) Uicena? (Mommsen).

3) Rudorff, E. P. § 5, setzt diese Worte unter die Rubrik: „de administratione rerum ad ciuitates pertinentium": diese Rubrik, unerweislich und unwahrscheinlich wie sie überhaupt ist — vgl. Lenel, a. a. O. S. 25 fgg., — war jedenfalls nicht bei Ulp. 3 erörtert.

nomen und res im Sinn von omnis contractus et obligatio — so definirt fr. 6 pr. cit. — gebraucht[1]) und ebenso gelegentlich mit den Worten ex legibus auf gesetzliche Bestimmungen verwiesen haben kann.

Bei Paulus findet sich eine der Ulpianschen entsprechende Darstellung nicht, daher denn auch Paulus in lib. 3 dem Ulpian einen bedeutenden Vorsprung abgewinnt.

§ 7. *DE ALBO CORRUPTO.*

Ulp. 3[2]), Paul. 3[3]), Gai. 1[4]).

Ulp. 3 fr. 7 de iurisd. (2. 1):

> Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo uel in charta uel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum[5]) iudicium, quod populare est[6]).

Der Edictstext war ohne Zweifel[7]) kürzer als diese Relation; vermutlich lautete er:

> Si quis[8]) id quod iuris dicundi causa[9]) in albo propositum erit[10]), dolo malo[11]) corruperit[12]) rel.

Vgl. auch § 12 J. de act. (4. 6).

Die Formel, über die es an speciellen Ueberlieferungen fehlt, war selbstverständlich in factum concipirt und wohl blosse Umschreibung des Edicts[13]).

Eine Noxalklage war weder verheissen noch proponirt; übernahm der Gewalthaber des Delinquenten nicht dessen defensio in solidum, so wurde gegen letzteren extra ordinem mit körperlicher Züchtigung vorgeschritten[14]). Offenbar war die Ursache hievon die, dass in der blossen noxae deditio des Delinquenten an den Popularkläger eine eigentliche Reaction wider den Verächter der maiestas praetoris, die unser Edict zu wahren bestimmt war[15]), nicht erblickt werden konnte. Gerade die Singularität dieses Verfahrens scheint aber die Juristen veranlasst zu haben, an unser Edict einige Bemerkungen über die gewöhnliche, die reguläre Behandlung der Sklavendelicte anzuknüpfen[16]).

1) Vgl. etwa Ulp. 3 fr. 2 § 3 de iudic.: legatis in eo, quod ante legationem contraxerunt, ... reuocandi domum suam ius datur.

2) Fr. 7 de iurisd. (2. 1).

3) Fr. 9 eod., fr. 4 de popul. act. (47. 23).

4) Fr. 8 de iurisd. (2. 1).

5) Ulpian schrieb milium sestertiorum, vorausgesetzt, dass die Compilatoren ihrer sonst beobachteten Regel, für 1000 Sesterze einen aureus zu setzen, — Cuiac. obs. XIX, 31 — auch hier treu geblieben sind. Vgl. unten S. 55 fg.

6) Hieher Paul. 3 fr. 4 de pop. act. (47. 23).

7) Vgl. auch Cuiac. obs. XXI, c. 24.

8) Ulp. 3 fr. 7 § 1 de iurisd.

9) Prob. 5, 2: J. D. C.=Juris dicundi causa.

10) Ulp. 3 fr. 7 § 2 eod.

11) Ulp. 3 fr. 7 § 4 eod.

12) Ulp. 3 fr. 7 § 5 eod.

13) So auch Rudorff, E. P. § 6.

14) Ulp. 3 fr. 7 § 3 eod. Vgl. dazu auch Paul. sent. I 13[a] § 3.

15) Paul. 3 fr. 9 cit.: quia hic ... contempta maiestas praetoris uindicatur.

16) Ulp. 3. fr. 3, 5, 7 de nox. act. (9. 4), Paul. 3 fr. 4 eod. Eine andere Erklärung der hier gegebenen Erörterungen ist nicht ersichtlich; die Fragmente selbst zeigen keinerlei specielle Beziehungen.

§ 8. QUOD QUISQUE IURIS IN ALTERUM STATUERIT, UT IPSE EODEM IURE UTATUR[1]).

Ulp. 3[2]), Paul. 3[3]), Gai. 1[4]).

Ulp. 3 fr. 1 § 1 h. t.:

> Qui magistratum potestatemue habebit, si quid in aliquem noui iuris statuerit, ipse quandoque aduersario postulante eodem iure uti debet. si quis apud eum qui magistratum potestatemque habebit, aliquid noui iuris optinuerit, quandoque postea aduersario eius postulante eodem iure aduersus eum decernetur.

Diese Worte (mit geringfügigen Abweichungen) gelten in allen bisherigen Bearbeitungen des Edicts, ausgenommen allein die des **Ranchinus**, als Edictsworte. **Rudorff**, mit Obigem nicht zufrieden, hält sogar noch die von Ulpian am Schluss des fr. 1 § 1 beigefügte Motivirung

> scilicet ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona ualere patiatur

für echt edictal[5]).

Was nun zunächst letztern Punkt angeht, so sind derartige Motivirungen dem Edicte durchaus fremd, und Rudorffs Berufung auf das SC Macedonianum (E. P. § 7 n. 10) zieht nicht: die Sprache der Senatsconsulte ist eine ganz andere und viel weitschweifigere als die des Edicts.

Wir haben es aber überhaupt in fr. 1 § 1 cit. nicht mit einem Citat, sondern mit einer blossen Relation des Edictsinhalts zu tun, die nur zum Teil Edictsworte reproducirt. Es fehlen die typischen Worte „praetor ait", mit denen Ulpian alle seine Edictscitate einführt. Die Relation enthält ferner zwei getrennte Sätze mit je einer Verfügung; nun berichtet aber Gai. 1 in fr. 4 h. t.:

> Illud eleganter praetor excipit: „praeterquam si quis eorum *quid*[6]) contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset."

Diese so gefasste Ausnahme setzt in dem Satze, an den sie sich anknüpfte, offenbar eine **Mehrheit** von Bestimmungen (**eorum** quid) voraus. Weiter ist „eodem iure uti **debet**" in dem ersten Satz wider den Edictstil; das „eodem iure **decernetur**" in dem zweiten Satz seinerseits aber zeigt wieder eine ganz unmotivirte Abweichung gegenüber der im ersten Satze gebrauchten Wendung „eodem iure **uti**", und der Commentar Ulpians in fr. 3 h. t. lässt auch keinen Zweifel übrig, dass letztere Wendung auch im zweiten Fall des Edicts die vom Prätor gebrauchte war.

Das Edict selbst dürfte hienach folgender Massen gelautet haben:

> QUI MAGISTRATUM POTESTATEMUE HABEBIT[7]), SI QUID IN ALIQUEM NOUI

1) D. (2. 2).

2) Fr. 1, 3 h. t., fr. 18 de poenis (48. 19) cf. fr. 1 i. f. h. t.

3) Fr. 2 h. t.; fr. 8 pr. de V. S.?

4) Fr. 4 h. t.

5) Ebenso manche ältere Digestenausgaben und selbst noch die von Kriegel.

6) Die Einschiebung dieses Wortes ist unvermeidlich.

7) Diese Worte klingen durchaus edictal. Allerdings sagt Ulp. 3 in fr. 1 § 2 h. t.: haec autem uerba „quod statuerit qui iurisdictioni praeest" cum effectu accipimus. Allein es kommt ihm bei diesem Citat, wie der Verfolg zeigt, nur auf das Wort **statuerit** an; da nun das Präsens **praeest** ohnedem nicht im Edict gestanden haben kann — es müsste praeerit heissen —, so sehe ich (anders Ranchinus) in dem qui iurisdictioni praeest nur ein Anhängsel des eigentlichen Citats „quod statuerit", ein Anhängsel, womit sich Ulpian die Recapitulation des längeren Edictswortlauts sparte.

IURIS STATUERIT[1]) SIUE QUIS APUD EUM QUI MAGISTRATUM POTESTATEMUE[2]) HABEBIT, ALIQUID NOUI IURIS OPTINUERIT[3]), QUANDOQUE POSTEA ADUERSARIO EIUS POSTULANTE[4]) IPSUM[5]) EODEM IURE UTI OPORTEBIT[6]), PRAETERQUAM SI QUIS EORUM *QUID* CONTRA EUM FECERIT, QUI IPSE EORUM QUID FECISSET[7]).

Tit. III.

§ 9. DE EDENDO[8]).

Ulp. 4[9]), Paul. 3[10]), Gai. 1[11]), Callistr. 1[12]).

Der Titel de edendo zerfällt in zwei Abschnitte — Editionspflicht des Klägers, Editionspflicht der Argentarien —, die aber im Edict keine besondern Rubriken erhalten zu haben scheinen.

1.

Ulp. 4 fr. 1 pr. h. t.:

Qua quisque actione[13]) agere uolet, eam edere[14]) debet . . .

Ulp. 4 fr. 1 § 2 h. t.:

Editiones (instrumentorum)[15]) sine die et consule fieri debent . . . diem autem et consulem excepit praetor . . . . rationes[16]) tamen cum die et consule edi debent.

Paul. 3 fr. 2 h. t.:

Si legatum petatur, non iubet praetor uerba testamenti edere . . . .

Zu diesen Berichten über den Edictsinhalt ist Folgendes zu bemerken.

Die Worte „qua quisque actione agere uolet, eam edere debet" sind ohne Zweifel blosse Relation, nicht Citat aus dem Edict. Ganz verfehlt ist es aber, wenn Heineccius, Weyhe, Rudorff den Edictswortlaut dadurch herstellen zu können glauben, dass sie auf Grund von Paul. 3 fr. 8 pr. de V. S.

uerbum „oportebit" tam praesens quam futurum tempus significat

das edere debet durch „eam edi oportebit" ersetzen[17]). Diese Juristen lassen den Paulus die geistreiche Bemerkung machen, der Prätor habe die

1) Ulp. 3 fr. 1 § 2 h. t., Paul. 3 fr. 2 eod.

2) Ulpian referirt hier ungenau „potestatemque".

3) Ulp. 3 fr. 3 pr. § 1 h. 1.

4) Ulp. 3 fr. 3 § 2 h. t.

5) Ulp. 3 fr. 3 § 3—5 h. t.

6) Vgl. Ulp. 3 fr. 3 § 5 h. t.: Quod autem ait praetor, ut is eodem iure utatur . . . . Paul. 3 fr. 8 pr. de V. S.: Verbum „oportebit" tam praesens quam futurum tempus significat. Vgl. S. 49 n. 1.

7) Gai. 1 fr. 4 h. t.

8) D. (2. 13), C. (2. 1).

9) Fr. 1, 4, 6, 8, 13 h. t., fr. 37 de O. et A. (44. 7).

10) Fr. 2, 5, 7, 9 h. t., fr. 40 ad l. Aqu. (9. 2), fr. 14 de iureiur. (12. 2), fr. 8 § 1 de V. S. (50. 16). Zu fr. 40 ad l. Aqu. cf. fr. 10 § 3 h. t.

11) Fr. 10 h. t.

12) Fr. 12 h. t.

13) Ulp. 4 fr. 37 de O. et A. (44. 7), Paul. 3 fr. 8 § 1 de V. S. (50. 16). Schrieb Ulpian „formula"? Schwerlich: arg. l. c.

14) Ulp. 4 fr. 1 § 1 h. t.

15) Ulp. 4 fr. 1 § 2—4 h. t.

16) C. 5, 8 h. t.

17) Noch anders, aber ebenso unhaltbar suchen Ranchinus, Westenberg, Noodt, van Reenen — instrumenta, quibus in iudicio (iudiciis) uti oportebit — die Paulusstelle auszunutzen.

Editionspflicht nicht bloss für die Zukunft, sondern auch für den Augenblick, wo er das Edict proponirte, einführen wollen[1]).

In die Clausel, welche dem Kläger die editio instrumentorum zur Pflicht machte, nehmen mehrere Schriftsteller (s. S. 48 n. 16) Worte auf, die die Editionspflicht auf diejenigen instrumenta beschränken sollen, welche der Kläger in iudicio zu benutzen gedenkt. Diese Meinung wird durch eben die Stelle widerlegt, auf die sie sich beruft, Ulp. 3 fr. 1 § 3 h. t.:

> Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est: non tamen, ut et instrumenta, quibus quis usurus non est, compellatur edere.

Was Ulpian hier erläuternd hervorhebt, kann eben desshalb nicht im Edict gestanden haben.

Nicht überliefert sind uns die Rechtsfolgen, die die Nichterfüllung der Editionspflicht nach sich zog. Bei Unterlassung der editio actionis trat wohl nur einfach denegatio iurisdictionis ein: der Beklagte wurde nicht zur Stellung des Vadimonium angehalten und konnte nach Umständen wegen chicanöser in ius uocatio actio iniuriarum erheben. Für weitere Zwangsmittel war kein Bedürfniss[2]); die editio actionis hat bloss den Zweck, den Beklagten sofort mit der species futurae litis bekannt zu machen[3]): er ist hinlänglich geschützt, wenn es bei unterlassener Edition eben nicht zur lis kommt. Anders liegt die Sache bei der editio instrumentorum: hier musste ein Präjudiz auf die Verletzung der Editionspflicht gesetzt werden, wenn letztere überhaupt irgend welche Bedeutung haben sollte, und darauf wird fr. 1 i. f. h. t. zu beziehen sein:

> Iis, qui ob aetatem uel rusticitatem uel ob sexum lapsi non ediderunt uel ex alia iusta causa, subuenietur.

Der Rechtsnachteil war also der Art, dass ein subuenire seitens des Prätors notwendig war, um ihn abzuwenden. Näheres wissen wir nicht: vielleicht konnte Beklagter vom Kläger für den Fall, dass dieser nicht alle instrumenta edirt haben sollte, gleich von vornherein eine repromissio decimae partis verlangen[4]).

1) Fr. 8 pr. de V. S. gehört wahrscheinlich gar nicht zu unserm Edict, sondern zum Edict Quod quisque iuris (§ 8), und will sagen, dass man von dem daselbst eingeräumten Retorsionsrecht nicht bloss in Zukunft, sondern auch sogleich Gebrauch machen könne, z. B. zur Begründung einer Einrede.

2) Nach der l. Rom. Burg. (Monum. Germ. hist. Tom. III Legum S. 603) tit. XI, 1 (de commotione litium) hat die Editionsversäumung ein perdere causam zur Folge. Mag man diese Stelle für corrumpirt halten oder nicht (vgl. Wieding, Libellprocess S. 453 fgg.), jedenfalls ist ihr Inhalt nicht classisches römisches Recht: ein perdere litem ist nicht denkbar, ehe der klägerische Anspruch irgendwie formulirt ist; auch vertrüge sich jene Strenge durchaus nicht mit der Tatsache, dass eine emendatio und mutatio actionis editae zugelassen wird (s. im Text weiter unten).

3) C. 3 h. t., fr. 1 pr. h. t. Wenn es in c. 2 C. Herm. de calumniat. (tit. 5, Haenel p. 70) heisst, die Editionspflicht sei eingeführt, ne plus debito aut eo quod competit postuletur, so liegt so viel auf der Hand, dass damit nicht, wie Rudorff (Zschr. f. R. G. IV S. 26) meint, „der nächste Zweck der Edition" bezeichnet sein kann. Keine plus petitio zu begehen, liegt im eigenen Interesse des Klägers: im eigenen Interesse aber hat man keine Pflichten. Wofern die Stelle nicht verstümmelt ist, so haben die Kaiser den sehr richtigen Satz, dass der Kläger erst edita actione bei einer etwaigen plus petitio abgefasst werden kann, sich fälschlich als Motiv der Editionspflicht gedacht.

4) Vgl. c. 3 C. Hermogen. de calumniat. (tit. 5, Haenel p. 70).

Aeltere Bearbeiter[1]) pflegten in unsern Abschnitt noch eine Clausel aufzunehmen, worin dem Kläger das Recht der Abänderung und Verbesserung der edirten actio bis zur Litiscontestation eingeräumt wird. Dafür berief man sich auf c. 3 h. t., ein Rescript von Sever und Caracalla, das auf den ersten Blick allerdings für die Annahme einer solchen Clausel zu sprechen scheint. Allein c. 3 cit. gibt das kaiserliche Rescript nicht ganz; den Eingang desselben enthält c. un. de lit. contest. (3. 9), deren Zusammengehörigkeit mit c. 3 cit. durch die Uebereinstimmung des Datums und der Inscription erwiesen wird. Nach Streichung des interpolirten[2]) Schlusses der c. un cit. lautet aber das Rescript im Ganzen folgender Massen:

> Res in iudicium deducta non uidetur, si tantum *postulatio simplex celebrata*[3]) sit uel actionis species ante iudicium reo cognita. inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. lis enim tunc uidetur contestata, cum . . . . . .:[4]) edita (autem) actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari uel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas uel ius reddentis decernit aequitas.

War nun hiernach der Gedankengang der Kaiser der: die editio actionis wirkt noch nicht res in iudicium deducta, folglich kann die actio geändert werden, — so scheint mir klar, dass eine specielle Edictsbestimmung, die ausdrücklich die emendatio und mutatio actionis editae gestattete, nicht existirt haben kann. Das „prout edicti perpetui monet auctoritas" kann vielmehr im Zusammenhang mit dem „uel ius reddentis decernit aequitas" nur auf das Motiv der vom Kläger in concreto beabsichtigten Klageänderung bezogen werden: du darfst, sagen die Kaiser, die Klage ändern, mag nun das Edict selbst für deinen Fall eine andere als die edirte Klage verheissen oder der ius reddens dir ex aequitate eine solche in factum gewähren wollen. Diesen Zusammenhang hat schon Rudorff, Zschr. f. R. G. IV. S. 29 n. 62, klar erkannt, und so weiss ich nicht, was ihn bewogen hat, im E. P. § 8 die c. 3 cit. gleichwohl als Relation über Edictsinhalt unter den Titel de edendo aufzunehmen.

2.

Das Edict über die Editionspflicht der Argentarien ist von den Compilatoren schlimm zugerichtet worden. Sie lassen den Ulpian in fr. 4 pr. h. t. berichten:

> Praetor ait: „argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edent adiecto die et consule."

Jedermann sieht, dass die Worte „quae ad se pertinet", welche sich auf den Editionsberechtigten beziehen — fr. 6 § 5, fr. 9. § 3 h. t. —, an dieser Stelle

1) S. übrigens selbst noch Bekker, Aktionen II S. 224 bei n. 10.

2) Vgl. gegen Savigny, System VI S. 17 fgg.: Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 482 n. 17 (den Gründen Kellers, L. C. und Urteil S. 59 fgg., kann allerdings nicht durchweg beigetreten werden). Ueberkühn scheint mir die von Wieding, Justinian. Libellproz. S. 178 fgg., ausgesprochene Hypothese, wornach die In- und Subscription von c. un. de lit. cont. ganz zu verwerfen und das Rescript der posttheodosischen Zeit zuzuweisen wäre.

3) Auch in diesen Worten dürfte eine Interpolation stecken.

4) Hier beginnt c. 3 cit.

entweder gar nicht oder doch nicht in dieser Verbindung gestanden haben können. Andererseits fehlt die in fr. 6 § 2, fr. 9 § 3 h. t. bezeugte Vorschrift über den Calumnieneid des Antragstellers, und fehlt die Verheissung der actio in factum, von der in fr. 6 § 4, fr. 8, 9 pr., 10 § 3 die Rede ist.

Das ursprüngliche Edict ist mit Hilfe von Ulpians Commentar ebenso leicht als sicher herzustellen. Nach einer Bemerkung über die ratio edicti — fr. 4 § 1 — erläutert Ulpian zunächst in fr. 4 § 2—5, fr. 6 pr. § 1 die Worte „argentariae mensae exercitores edent". Hierauf, und zwar noch vor dem Commentar zu dem Wort „rationem", folgt die Bemerkung: exigitur autem ab aduersario argentarii iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi, ne forte etc. (fr. 6 § 2). Nunmehr Feststellung der Bedeutung von rationem — fr. 6 § 3 — und zwischen dieser und der Erläuterung der Worte „quae ad se pertinet" — fr. 6 § 5. 6 — in fr. 6 § 4 der Satz: ex hoc edicto in id quod interfuit actio competit. Zuletzt kommt der Jurist nochmals auf das Wort „edi" zurück — fr. 6 §. 7 — und wendet sich dann zu der folgenden Clausel des Edicts, fr. 6 § 8: Praetor ait: „argentario eiue etc." In fr. 8 und 13 folgen endlich gesondert einige Bemerkungen über die Formel der actio und deren Dauer.

Verfolgt man genau diese Ordnung der Materien, so kommt man, meine ich, notgedrungen dazu in diesem Abschnitt des Edicts vier Bestandteile zu sondern:

1. Feststellung der Editionspflicht der Argentarien.
2. Verheissung der actio.
3. Edict über das wiederholte Editionsbegehren.
4. Formel.

Der Commentar zu 1. schliesst ab vor den Worten: ex hoc edicto in id quod interfuit, actio competit (fr. 6 § 4); derselbe ergibt folgenden Wortlaut:

ARGENTARIAE MENSAE EXERCITORES[1]) *EI, QUI IURAUERIT NON CALUMNIAE CAUSA POSTULARE EDI SIBI*[2]), RATIONEM EDENT ADIECTO DIE ET CONSULE.

Der Commentar zu 2. umfasst fr. 6 § 4—7 h. t. Hierher erst gehören die von den Compilatoren ungeschickt versetzten Worte "quae ad se pertinet". Denn die erhaltenen Spuren führen uns auf etwa folgenden Wortlaut der Clausel:

Si cui ratio, quae ad se pertinet[3]), *ita edita non erit,* QUANTI EIUS INTERFUERIT[4]) *eam rationem* EDI[5]) *sibi, tantae pecuniae iudicium dabo.*

1) Ulp. 4 fr. 4 § 2 — ult., fr. 6 pr. § 1 h. t. (einschliesslich des Worts edent, fr. 4 § 5); Paul. 3 fr. 9 pr. — § 2 eod., Gai. 1 fr. 10 pr. § 1 eod.; Callistr. 1 fr. 12 eod.

2) Ulp. 4 fr. 6 § 2 h. t., Paul. 3 fr. 9 § 3 h. t., fr. 14 de iureiur. (12. 2).

3) Ulp. 4 fr. 6 § 5. 6; Paul. 3 fr. 9 § 3 h. t. Das unde apparet, womit fr. 6 § 5 h. t. beginnt, bezog sich bei Ulpian nicht auf das jetzt unmittelbar Vorausgehende, sondern auf die von den Compilatoren hier gestrichenen Edictsworte „quae ad se pertinet". Denn da diese Worte zweifellos edictmässig sind, so kann Ulpian nicht, wie es nach dem jetzigen Sinn des unde apparet den Anschein hat, bloss aus der Richtung der Klage auf das Interesse die Folgerung gezogen haben: ita demum tenere hoc edictum, si ad eum pertineat. Dass bei Paul. 3 fr. 9 § 3 h. t. die Worte an anderer Stelle stehen als oben angenommen, darf nicht irre machen. Paulus, der sich überall weit weniger als Ulpian an den Edictwortlaut bindet, hat hier zwei Edictsätze zusammengefasst.

4) Ulp. 4 fr. 6 § 4, 8 § 1 h. t.

5) Ulp. 4 fr. 6 § 7 h. t.: Edi autem est uel dictare uel tradere libellum uel codicem proferre. Die Vulgata verbessert das inconcinne edi in edere. Die Inconcinnität erklärt sich aber aus der Edictmässigkeit des edi,

Das Edict zu 3. überliefert Ulp. 4 fr. 6 § 8 h. t.:

Praetor ait: "ARGENTARIO[1]) EIUE, QUI ITERUM EDI POSTULABIT[2]), CAUSA COGNITA EDI IUBEBO."

Die Formel der verheissenen actio nimmt bei Rudorff (E. P. § 10) einen sehr beträchtlichen Raum ein, da er das ganze Edict in derselben reproducirt, selbst den Calumnieneid eingeschlossen, und überdies auch noch wegen fr. 13 h. t. die exceptio annalis einschiebt. Er reconstruirt:

> Quantae pecuniae paret A^i A^i interesse argentariae mensae rationes, quae ad A^m A^m pertinent, cum id ab illo praetore decretum esset, dolo malo N^i N^i exhibitas non fuisse, si A^s A^s iurauit non calumniae causa se postulare ut exhibeantur, neque plus quam annus est postea quam ab illo praetore id decretum fuit, tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Diese Reconstruction ist durchaus missglückt. Das "quantae pecuniae paret interesse" widerspricht der doppelt bezeugten Thatsache, dass die actio auf "quanti interfuit" ging[3]). „Quantae pecuniae paret interesse, rationes dolo malo N^i N^i exhibitas non fuisse" ist eine überaus sonderbare Zusammenstellung: was hat das Interesse des Klägers mit der Frage zu tun, ob Numerius gerade dolo malo nicht exhibirt hat? „Exhibitas": das Edict handelt von Edition, nicht von Exhibition. "Cum id ab illo praetore decretum esset" setzt Rudorff hinzu wegen fr. 8 § 1 h. t.: is autem, qui in hoc edictum[4]) incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest. Die hervorgehobenen Worte sind aber offenbar blosse Erläuterung des „interfuit" der Formel. Die exceptio wegen des Calumnieneids, der doch dem Editionsdecret vorausging, hinkt bedenklich hinterher. Die exceptio annalis ist als ständiges Formelstück hier trotz fr. 13 h. t. nicht erwiesen[5]) und würde jedenfalls mit der Beschränkung „cum experiundi potestas fuit" versehen werden müssen, wogegen Rudorffs "postea quam etc." ausfallen könnte.

Das Resultat obiger Kritik ist wohl geeignet, von ähnlichen Versuchen abzuschrecken. Soll gleichwohl ein solcher Versuch ausnahmsweise gewagt werden, so würde ich etwa vorschlagen:

1) Ulp. 4 fr. 6 § 9 h. t.

2) Ulp. 4 fr. 6 § 10 h. t., Paul. 3 fr. 7 eod.

3) Fr. 6 § 4 und besonders fr. 8 § 1 h. t. Allerdings referirt Gaius in fr. 10 § 3: quanti intersit editas sibi rationes esse; allein für die Bemerkung, die Gaius hier macht, kam es auf genaues Referat nicht an.

4) Ulpian hatte „hanc formulam".

5) Das haec actio neque post annum .... dabitur in fr. 13 spricht für Verweigerung auf Grund prätorischen Ermessens. Ueberhaupt ist hier der Ort, anzumerken, dass bei sehr vielen Klagen die Beschränkung auf ein Jahr den römischen Juristen sich nicht schon aus dem Wortlaut des Edicts oder der Formel ergab, vielmehr erst aus Bedeutung und Zweck der Klage gefolgert wurde. Darüber lässt die Ausdrucksweise der Quellen vielfach gar keinen Zweifel. Vgl. z. B. fr. 1 i. f. si quis ius dicenti (2. 3), fr. 6, 7 de alien. iud. mut. cau. (4. 7), fr. 3 § 4 nautae caup. (4. 9), fr. 5 § 5 de his qui effud. (9. 3), fr. 4 si mensor (11. 6), fr. 4 § 4 de exerc. (14. 1), fr. 7 § 5, fr. 8 de tribut. (14. 4), fr. 1 § 4 si uentris nom. (25. 5), fr. 9 § 1 quod falso tut. (27. 6). Die letzte Stelle ist besonders schlagend, weil hier sogar eine Autorität — Labeo — für die Annalität citirt wird. S. auch Wlassak, Edict u. Klageform S. 84 n. 19.

S. p. N^m N^m aduersus edictum illius praetoris[1]) *A^o A^o rationem quae ad eum pertinet* DOLO MALO NON EDIDISSE[2]), QUANTI A[1] A[1] INTERFUIT *eam rationem edi sibi*[3]), *tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

Tit. IV.

§ 10. DE PACTIS ET CONUENTIONIBUS[4]).

Ulp. 4[5]), Paul. 3[6]), Gai. 1[7]), Fur. Anth. 1[8]).

Ulp. 4 fr. 7 § 7 h. t.:

Praetor ait: PACTA CONUENTA[9]), QUAE NEQUE DOLO MALO[10]) NEQUE ADUERSUS LEGES PLEBIS SCITA SENATUS CONSULTA EDICTA *DECRETA*[11]) PRINCIPUM NEQUE QUO FRAUS CUI EORUM FIAT FACTA ERUNT[12]), SERUABO.

Tit. V.

DE IN IUS UOCANDO[13]).

§ 11. IN IUS UOCATI UT EANT AUT *UINDICEM* DENT[14]).

Ulp. 5[15]), Paul. 4[16]), Gai. 1[17]), Callistr. 1[18]).

Die Hauptschwierigkeit, die sich unter dem Titel de in ius uocando der Reconstruction bietet, liegt in der Rolle, die der **Vindex** hier im Edicte spielt.

1) Diese Worte ersparen, wie sonst oft, die Wiederholung der Weitläufigkeiten des Edicts.

2) Dolo malo non edidisse ist nach Ulp. 4 fr. 8 pr. h. t. sicher edictal.

3) Ulp. 4 fr. 6 § 4, 8 § 1 h. t.

4) D. (2. 14), C. (2. 3) de pactis. Die Rubrik wird von Ulpian gesondert commentirt: in fr. 1 § 1—4, fr. 5, fr. 7 pr. — § 6 h. t., vgl. auch Paul. fr. 2, 4, 6 h. t. G. C. Crusius († 1676) in Otto, thesaur. I, c. 672^h sq. hat die Rubrik zuerst richtig hergestellt und mit Recht darauf hingewiesen, dass nach Consult. IV § 3 auch in Paul. sent. I, 1 die Titelüberschrift lautet: de pactis et conuentionibus (uel transactionibus).

5) Fr. 1, 5, 7, 10, 12, 14, 16, 22, 26, 29 h. t., fr. 30 de legib. (1. 3) cf. fr. 7 § 7 h. t., fr. 11 de transact. (2. 15) cf. fr. 7 § 13 h. t., fr. 2 de recept. (4. 8) cf. fr. 10 § 1 h. t., fr. 3 de iudic. (5. 1) cf. fr. 7 § 14 quib. ex caus. in poss. (42. 4), fr. 6 de pact. dot. (23. 4), fr. 1 de except. (44. 1). Die letzte Stelle will m. E. besagen, dass eine durch pactum erlassene Gegenforderung auch nicht mehr durch exceptio geltend gemacht werden könne. Anders **Rudorff**, E. P. § 8[3].

6) Fr. 2, 4, 6, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 25, 27 h. t., fr. 7 de naut. faen. (22. 2) cf. fr. 5 § 1 eod., fr. 22 de adm. et peric. (26. 7) cf. fr. 15 ict. fr. 12 h. t., fr. 38 de O. et A. cf. etwa fr. 2, 4 pr. § 1 h. t.

7) Fr. 18, 20, 28, 30 h. t., fr. 3 de except. (44. 1).

8) Fr. 62 h. t.

9) Ulp. 4 fr. 7 § 8 h. t.; Prob. 5, 14: P. C. = pactum conuentum. Cf. ad Herenn. II, 13 § 20., Cic. de partit. orat. 37 § 130, de orator. II, 24 § 100 u. sonst oft, Gai. III, 179. IV, 119, 121, 122.

10) Ulp. 4 fr. 7 § 9—11 h. t.

11) Decreta fehlt in der Flor. durch Abschreiberversehen, vgl. schol. 20 bei Heimb. Basil. I p. 569: ἢ δεκρέτον ἢ ἐδίκτον βασιλικοῦ. Hienach Mommsen-Rudorff: decreta edicta. S. aber fr. 1 § 8 de postul. (3. 1), fr. 1 i. f. ex quib. caus. mai. (4. 6).

12) Von fr. 7 § 13 h. t. an behandelt Ulp. 4 die Lehre von den erlaubten und unerlaubten pactis.

13) D. (2. 4), C. (2. 2). Der Titel ist bezeugt bei Gai. IV 46, sowie in fr. 1 § 11 de postul. (3. 1).

14) D. (2. 6) in ius uocati ut eant aut satis uel cautum dent. Cf. Gai. IV 46.

15) Fr. 2, 4, 8, 10, 24 de in ius uoc. (2. 4), fr. 2 qui satisd. cog. (2. 8), fr. 1 de feriis (2. 12), fr. 5 de iudic. (5. 1), fr. 8 de manum. uind. (40. 2), fr. 2 quib. ex caus. in poss. (42. 4).

16) Fr. 1, 5, 7, 9, 11 de in ius uoc. (2. 4), fr. 3 h. t., fr. 4 qui satisd. cog. (2. 8), fr. 23 de iniur. (47. 10), fr. 108 de R. J. (50. 17).

17) Fr. 3, 5 qui satisd. cog. (2. 8), fr. 4 de iudic. (5. 1) cf. fr. 8 pr. de in ius uoc.

18) Fr. 2 in ius uocati (2. 6).

Ich habe mich über diese Frage an anderm Orte[1]) eingehend ausgesprochen, und bin in der daselbst begründeten Meinung durch die erst nach Vollendung jenes Aufsatzes erschienenen abweichenden Ausführungen von Voigt[2]) und Demelius[3]) nicht erschüttert worden. Meine Ansicht ist aber im Wesentlichen die.

Die Stellung eines Vindex war von Alters her das Mittel und zwar das einzige Mittel, wodurch sich der in ius uocatus der Folgepflicht entziehen konnte. Der Vindex musste an Stelle des Geladenen dem Kläger in ius folgen und dort, ursprünglich in feierlicher Form in die Hand des Prätors[4]), die künftige Gestellung des Beklagten verbürgen. Die spätere Zeit liess die feierliche Form fallen und gestattete weiter, dass das Exhibitionsversprechen statt dem Prätor selbst einem Official desselben geleistet oder einem seiner scribae zu Protokoll gegeben werde[5]). Dies ist der Vindex des prätorischen Edicts, der also keineswegs als ein sponsor oder „fideiussor qui uocatum sisti promittit“[6]) gedacht werden darf. Allerdings haben die Compilatoren der Digesten überall, wo im Edict und in den Commentaren vom Vindex die Rede war, statt dessen einen „fideiussor iudicio sistendi causa datus“ eingefügt; allein die grobe Interpolation lässt sich, wenn irgendwo, so hier fast mathematisch nachweisen. Gaius IV. 46 berichtet von einer unter dem Titel de in ius uocando proponirten Formel „aduersus eum qui in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dederit.“ Vergleicht man hiemit die Digestenrubrik (2. 6) „in ius uocati ut eant aut satis uel cautum dent“, so liegt auf der Hand, dass die letztere interpolirt ist und dass die Rubrik im Album (wie auch Rudorff annimmt) lautete: in ius uocati ut eant aut uindicem dent. Dann aber muss sich auch der unter dieser Rubrik in den Digesten auftretende fideiussor iudicio sistendi causa datus in den Vindex verwandeln und darf nicht etwa in das Gebiet des im Album erst viel später — Ulp. 7, Paul. 6. 7, Gai. 2 — behandelten Vadimonium hineingezogen werden[7]). Aber nicht bloss durch den Bericht bei Gai. IV. 46, auch aus dem in den Digesten überlieferten Edictsinhalt selbst wird klar, dass hier im Edict von einer eigentümlichen Form der Gestellungsbürgschaft die Rede war. Ein sponsor oder fideiussor wird mit der actio ex stipulatu belangt: wider den angeblichen „fideiussor iudicio sistendi causa datus“ ist, wie wir unten sehen werden, eine prätorische actio in factum auf quanti ea res erit proponirt. Der Vadimoniumsbürge haftet auf reum certo die sisti: jener „fideiussor“ haftet nur dafür, dass der Beklagte überhaupt künftighin zu haben sein wird, und er kann daher erst dann selber in Anspruch genommen werden, wenn ihm in einem Decret des Prätors aufgegeben worden ist, den eigentlichen reus zu einer in diesem Decret zu bestimmenden Zeit zu exhibiren, und gleichwohl die Exhibiton nicht erfolgt ist. Diesen Tatsachen gegenüber an eine in Stipulationsform erfolgende Bürgschaft

1) Zschr. der Sav.-Stift. f. R. G. II S. 43 fgg.
2) Das Vadimonium, in den Abh. der kgl. sächs. Ges. der Wiss. S. 356 fgg. 367 fgg.
3) Zschr. der Sav.-Stift. f. R. G. II S. 8 fg.
4) Dies füge ich jetzt dem a. a. O. S. 53 Gesagten hinzu (Analogie des praes!).
5) Paul. sent. 1 fr. 17 de in ius uoc. (2. 4), Paul. eod. I. 13[a] § 1, Paul 18 fr. 28 § 2 de iureiur. (12. 2). Lenel, a. a. O. S. 46.
6) So Demelius, a. a. O.
7) Damit erledigen sich die Conjecturen Voigts, a. a. O. S. 357 fgg.

oder gar an ein eigentliches Vadimonium zu denken, ist m. E. schlechthin unmöglich.

Hienach kann zur Reconstruction der unter unserer Rubrik proponirten Clauseln und Formeln geschritten werden.

1.

Rubr. D. (2. 6) ict. Gai. IV. 46:

In ius uocati ut eant[1]) aut *uindicem* dent[2]).

Ulp. 5 fr. 4 § 1 de in ius uoc. (2. 4):

Praetor ait: Parentem[3]), patronum patronam[4]), liberos parentes patroni patronae[5]) in ius sine permissu meo ne quis uocet[6]).

Paul. 1 fr. 1 in ius uocati (2. 6)[7]):

Edicto cauetur, ut *uindex* [D.: fideiussor iudicio sistendi causa datus] pro rei qualitate locuples detur ....[8]).

Ulp. 5 fr. 2 § 2 qui sat. cog. (2. 8):

Praetor ait: Si quis parentem, patronum patronam, liberos aut parentes patroni patronae, liberosue suos eumue, quem in potestate habebit, uel uxorem, uel nurum in *ius* [D.: iudicium][9]) uocabit: qualiscumque *uindex* [D.: fideiussor iudicio sistendi causa] accipiatur[10]).

An die vorstehenden Edictsclauseln hat sich ein Schlusssatz geknüpft, der wider die Uebertreter derselben ein iudicium recuperatorium[11]) verhiess[12]). Dasselbe war auf eine Geldstrafe gerichtet, die nach den Digesten für den Fall unerlaubter in ius uocatio einer Respectsperson wie auch für denjenigen der Nichtannahme eines uindex von einer solchen gleicher Massen 50 aurei betrug[13]). Nach der gewöhnlichen Umrechnungsweise[14]) wären also für das Edict 50000 Sesterze anzunehmen, während Gai. IV. 46 für den ersten Fall nur eine Strafe von „X milia" hat. Wie dieser Zwiespalt zu lösen, ob bei Gaius statt „X" zu lesen ist „L" oder mit Savigny[15]) „V", ob die Compilatoren vielleicht doch nicht immer nach dem gleichen Umrechnungsprincip

1) Ulp. 5 fr. 5 de iudic. (5. 1), Paul. 4 fr. 1 de in ius uoc. (2. 4). Civile Befreiungen: Ulp. 5 fr. 2, 4 pr. eod. cf. fr. 26 § 2 ex quib. caus. mai. (4. 6). Zeit: Ulp. 5 fr. 2 de feriis (2. 12). Gerichtsort: hieher Ulp. 5 fr. 8 de manum. uind. (40. 2) als Nebenbemerkung.

2) Vgl. fr. 2 § 2 de custodia (48. 3): hominibus sub fideiussore factis.

3) Ulp. 5 fr. 4 § 2. 3, fr. 6. 8 pr. de in ius uoc. (2. 4) cf. Gai. 1 fr. 4 de iud. (5. 1), Paul. 4 fr. 5, 7 de in ius uoc. (2. 4).

4) Ulp. 5 fr. 8 § 1. 2, fr. 10 pr. — § 4 eod. Paul. 4 fr. 9 eod.

5) Ulp. 5 fr. 10 § 5—11 eod.

6) Ulp. 5 fr. 10 § 12. 13 eod., c. 2, 3 eod. (2. 2).

7) Die Stelle gehört zu dem in § 2 besprochenen Edict, welches die Bestimmungen des Titels de in ius uocando auf die Municipaljurisdiction übertrug.

8) Ulp. 5 fr. 2 pr. qui sat. cog. (2. 8), Gai. 1 fr. 5 § 1 eod., l. Rubria c. 21 i. f.

9) Diese Interpolation geschah dem fideiussor iudicio sistendi causa zu lieb. Dass dieselbe anderwärts unterblieben ist, ist für den, der die Inconsequenz der Compilatoren in Ansehung ihrer Interpolationen kennt, kein Gegenbeweis. A. M. Voigt, a. a. O. S. 358 n. 169.

10) Ulp. 5 fr. 2 § 3. 4 qui sat. cog. (2. 8), Paul. 4 fr. 3 in ius uocati (2. 6), Callistr. 1 fr. 2 eod.

11) Gai. IV 46, l. Rubria c. 21 i. f.

12) Erlass ex causa: Paul. 4 fr. 11 de in ius uoc. (2. 4), fr. 108 de R. J. (50. 17).

13) Ulp. 5 fr. 24 de in ius uoc. (2. 4) cf. Ulp. fr. 12 eod., Callistr. 1 fr. 2 in ius uoc. (2. 6).

14) Vgl. S. 46 n. 5.

15) System V S. 79. Andere (unwahrscheinliche) Vermutung bei Huschke, iurispr. anteiust. ad h. l.

verfuhren, ist eine Frage, die sich schwerlich auch nur mit einiger Bestimmtheit beantworten lässt. Ob auch für den Fall „si in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dederit" eine feste Geldstrafe angedroht oder iudicium auf quanti ea res erit angedroht war, wissen wir nicht: letzteres ist wohl wahrscheinlicher.

Unter den Formeln ist uns bei Gai. IV. 46 die für den Fall unerlaubter in ius uocatio überliefert:

> RECUPERATORES SUNTO. S. P. ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO[1]) CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS[2]) IN IUS UOCATUM ESSE, RECUPERATORES, ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X MILIA C. S. N. P. A.

Die andern Formeln kennen wir nicht, und Rudorff ist bei seinen Reconstructionsversuchen auch hier wieder recht irre gegangen. Die Formel aduersus eum, qui in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dederit, lautet bei ihm (E. P. § 14) folgender Massen:

> S. p. N^m N^m, cum ab A^o A^o ad illum praetorem in ius uocatus esset, neque uenisse neque uadimonium Romam ex decreto eius, qui Mutinae iure dicundo praefuit, promisisse aut uindicem locupletem non dedisse, recuperatores, N^m N^m A^o A^o sestertium X milia c. s. n. p. a.

Hierbei denkt Rudorff an l. Rubria c. 21 i. f., wo den Municipalmagistraten das Recht vorbehalten ist, auch in Obergerichtssachen iudicium gegen denjenigen zu erteilen, der „uadimonium Romam ex decreto eius . . . non promiserit aut uindicem locupletem . . . non dederit". Offenbar sind in dieser Stelle zwei Fälle vorgesehen: der, wo der Geladene zwar der in ius uocatio vor den Duovir gefolgt ist, dort aber das von diesem auferlegte Vadimonium nicht geleistet hat, und der, wo er der in ius uocatio nicht gefolgt ist, ohne einen uindex locuples zu stellen. Dass beide Fälle in einer und derselben Formel vorgesehen waren, ist nicht gesagt und für das Edict jedenfalls zu verneinen, da ja in ius uocatio und Vadimonium in ganz verschiedene Titel fallen. Rudorff hat nun aber nicht bloss diese eine Formel herzustellen versucht, sondern auch in derselben beide Fälle falsch charakterisirt. Denn seine Formel trifft einmal denjenigen in ius uocatus, der neque uenit neque uadimonium ex decreto eius, qui iure dicundo praefuit, promisit: als ob an denjenigen, der gar nicht in iure erschienen ist, überhaupt die Frage herantreten könnte, wie er sich dem Decret des Magistrats gegenüber zu verhalten habe; und zweitens trifft sie denjenigen, qui uindicem locupletem non dedit, ohne dass hier, wo es darauf ankommt, die andere Bedingung der Verurteilung „neque uenisse" wiederholt ist. Ich meinerseits möchte nach Gai. IV. 46 vermuten, dass die Formel ganz einfach lautete:

> *S. p. N^m N^m, cum ab A^o A^o in ius uocatus esset, neque uenisse neque uindicem pro rei qualitate locupletem dedisse* rel.

1) Veron.: patrono liberto.

2) Vgl. Ulp. 5 fr. 24 de in ius uoc.: in eum qui aduersus ea fecerit, ... iudicium datur. Statt illius praetoris hiess es im Einzelfalle natürlich meum. Vgl. Huschke, Studien S. 14. Anders Zimmern, C. Pr. S. 143 n. 4, Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 313 n. 46, die den Namen des betreffenden Prätors einsetzen wollen.

Nicht unmöglich wäre, dass auch in dieser Formel eine Verweisung auf das edictum praetoris vorkam: mit einem „neque uindicem ex edicto praetoris dedisse“ oder „aduersus edictum neque uenisse neque uindicem dedisse“ hätte man z. B. die exceptio für den Fall gespart, dass der Beklagte behauptete, ex edicto nicht zur Stellung eines uindex *locuples* verpflichtet zu sein. Ebenso verkehrt, wie die eben betrachtete Reconstruction, ist auch Rudorffs Formel für den Fall, wo Jemand von einer Respectsperson keinen Vindex angenommen:

> S. p. N^m N^m, cum in hoc anno permissu illius praetoris A^m A^m patronum in ius uocasset, uindicem ab A^o A^o datum scientem non accepisse, recuperatores N^m N^m A^o A^o rel.

„In hoc anno“: Gai. IV. 46 hat in der dort wörtlich erhaltenen Formel die Annalexception nicht, obwohl doch auch diese nach der Praxis — Ulp. 5 fr. 24 de in ius uoc. — annal war; wie kommt also die Annalexception hieher? „Permissu illius praetoris“: nichts berechtigt R., die Strafe des Edicts auf den Fall einzuschränken, wo der Prätor die in ius uocatio *erlaubt* hatte; wer ohne Erlaubniss in ius vocirte *und* den angebotenen Vindex nicht annahm, verfiel einfach beiden Poenalklagen. „Uindicem *datum* non accepise“: datum ist überflüssig, ja bedenklich; denn der uindex non acceptus ist auch nicht datus. „Uindicem datum *scientem* non accepisse“: scientem schiebt *Rudorff* ein, weil es bei Callistr. 1 in fr. 2 in ius uocati (2. 6) heisst:

> in eum, qui non acceperit, cum sciret eam necessitudinem personarum, ... iudicium competit.

Allein, abgesehen von der stilistischen Bedenklichkeit der Wendung „uindicem scientem non accepisse“: die Worte des Callistratus sind schwerlich Edictscitat, da die Hinweisung auf das scire in der bei Gai. IV. 46 überlieferten Formel fehlt, wo sie, objectiv betrachtet, ebenso notwendig wäre; jene Worte sind blosse *Erläuterung* des Edicts.

2.

Ulp. 5 fr. 2 § 5 qui satisd. cog. (2. 8):

> In *uindicem* [D.: fideiussorem qui aliquem iudicio sisti promiserit] tanti quanti ea res erit[1]) actionem dat[2]) praetor. . . . .

Ulp. 5 fr. 2 pr. quib. ex caus. in poss. (42. 4):

> Praetor ait: IN BONA EIUS, QUI *UINDICEM* [D.: iudicio sistendi causa fideiussorem] DEDIT, SI NEQUE POTESTATEM SUI FACIET NEQUE DEFENDETUR[3]), IRI IUBEBO.

Ueber die Voraussetzungen des iudicium wider den Vindex erhalten wir volle Aufklärung durch Paul. 4 fr. 4 qui satisd. cog. (2. 8):

> Si decesserit qui *uindicem* [D.: fideiussorem] dederit [D.: iudicio sistendi causa], non debebit praetor iubere exhibere eum. quod si ignorans iusserit exhiberi uel post decretum eius ante diem exhibitionis decesserit, deneganda erit actio. si autem post diem exhibitionis decesserit aut amiserit ciuitatem, utiliter agi potest.

1) Gai. 1 fr. 3 eod. 2) Gai. 1 fr. 5 pr. eod. 3) Flor.: defenderetur.

Diese in den bisherigen Edictreconstructionen, auch in der Rudorffs, vernachlässigte Stelle lässt keinen Zweifel übrig, dass der Vindex nur dann condemnirt werden konnte, wenn er auf ein vom Prätor erlassenes Exhibitionsdecret an dem in diesem Decret festgesetzten Exhibitionstage den Beklagten nicht exhibirt hatte. Dadurch treten auch die oben S. 54 n. 5 angeführten Stellen in ihr richtiges Licht. Was hienach von der bei Rudorff (E. P. § 14 p. 38) reconstruirten Formel „s. p. N^m N^m . . . . Titium illa die illo loco sisti promisisse neque Titium illa die ibi statum esse" zu halten ist, leuchtet von selbst ein: Exhibitionszeit und Exhibitionsort wurden nicht vom Vindex durch promissio, sondern vom Prätor durch Decret bestimmt.

Das Edict über die missio in bona ist auf den ersten Blick auffallend. Dasselbe scheint überflüssig, da sein Fall schon gedeckt war durch die Clauseln „Qui fraudationis causa latitabit" und „Qui absens iudicio defensus non fuerit" unter dem allgemeinen Titel Quibus ex causis in possessionem eatur[1]). Ich habe das seiner Zeit[2]) dadurch zu erklären versucht, dass es dem Prätor angemessen erscheinen mochte, „im Zusammenhang der Vorschriften über den Vindex sogleich scharf auszusprechen, dass dem Versuch, durch Stellung eines Vindex die Rechtsverfolgung zu hintertreiben, die volle Strenge des prätorischen Executionsrechts auf dem Fusse folgen werde." Ich möchte jetzt darauf aufmerksam machen, dass die Uebereinstimmung unseres Edicts mit jenen allgemeinen Clauseln nicht schon in dessen Wortlaut liegt, sondern erst durch die Interpretation Ulpians in fr. 2 § 1—4 quib. ex caus. in poss. (42. 4) zu Wege gebracht ist. Der Wortlaut unseres Edicts ist an sich strenger: nach dem Wortlaut muss, wer einen uindex gegeben hat, potestatem sui facere, um der missio zu entgehen, d. h. positiv dafür sorgen, dass er dem Gegner zur Verfügung sei; das allgemeine Edict „qui fraudationis causa latitabit" dagegen trifft nur denjenigen, der positiv bestrebt war, sich dem Gegner zu entziehen, nicht schon denjenigen, der es bloss unterlassen hat, sich dem Gegner zur Verfügung zu stellen; das Edict „qui absens iudicio defensus non fuerit" aber nur den von Rom Abwesenden. Der ursprüngliche Zweck unseres Edicts wird also der gewesen sein, die Voraussetzungen der missio zu erleichtern: das Missionsbegehren sollte schon dann begründet sein, wenn das Exhibitionsdecret erfolglos geblieben war; es sollte dem Kläger die Mühe gespart werden, den Beklagten nochmals zu suchen; dieser letztere sollte, etwa im Wege der Rücksprache mit dem Vindex, selbst dafür sorgen, dass er zur rechten Zeit in iure gegenwärtig sei. Die Interpretation hat dann diesen besondern Charakter des Edicts verwischt.

Die Beziehung des Missionsedicts auf den in ius uocatus qui uindicem dedit wird, das ist schliesslich noch hervorzuheben, von den weitaus meisten Schriftstellern verkannt. Unter dem Einfluss der irrigen Meinung, dass Ulp. 5 auch von dem Vadimonium handle, behauptet man fast einstimmig, die Androhung der missio habe sich auf den Fall des uadimonium desertum bezogen[3]).

1) S. § 204. 205.

2) Zschr. der Sav.-Stift. f. R. G. II S. 47.

3) Vgl. statt Anderer: Keller, semestria I p. 55 sqq., C. P. n. 1047; Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 563 n. 32, 33; Karlowa, Beiträge z. Gesch. d. röm. C. P. (1865) S. 113. Richtig nur Rudorff, Zschr. f. R. G. IV S. 43, E. P. p. 38.

Diese Ansicht widerlegt sich schon durch den Inhalt des Edicts selbst. Das Vadimonium ging auf certo die sisti: hätte es daher die Clausel auf das uadimonium desertum abgesehen, so hätte die Bedingung der Mission, wenn nicht einfach „si uadimonium deseruerit", dann nur die sein können „si illo die se non stiterit", nicht aber das unbestimmte „si potestatem sui non faciet", eine Fassung, die mir mit der als bereits bestehend vorausgesetzten Verpflichtung, an einem bestimmten Tage in iure zu erscheinen, ganz unvereinbar scheint[1]).

§ 12. NE QUIS EUM QUI IN IUS UOCABITUR UI EXIMAT[2]).

Ulp. 5[3]), Paul. 4[4]), Gai. 1[5]).

Rubr. D. (2. 7) ict. Paul. 4 fr. 4 § 2 h. t. ergibt folgenden Wortlaut des Edicts:

> NE QUIS EUM QUI IN IUS UOCABITUR UI EXIMAT[6]) NEUE FACIAT DOLO MALO QUO MAGIS EXIMERETUR[7]).

Hieran knüpft sich die Verheissung der actio, Ulp. 5 fr. 5 § 1 h. t.:

> In eum autem, qui ui exemit[8]), in factum[9]) iudicium datur, quo non id continetur quod in ueritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controuersia est. hoc enim additum est, ut appareat, etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi.

Die Formel[10]) war ohne Zweifel in ihrer intentio blosse Umschreibung des Edicts. Schwierigkeit macht nur die Fassung der condemnatio, die nach dem Edict gestellt war auf „quanti ea res est ab actore aestimata". Rudorff (E. P. § 15) nimmt einfach diese Clausel selber in die Formel auf, unterstellt also, was doch nicht glaublich ist, dass der Prätor den Geschworenen angewiesen habe, die Condemnationssumme blindlings nach der Schätzung des Klägers zu bestimmen. Noch viel weniger ist an eine actio auf quanti ea res est mit zugefügter taxatio zu denken[11]); von anderm abzusehen, widerspricht dieser Auffassung direct der von Ulpian in fr. 5 § 1 h. t. angegebene,

1) Ich halte die obige Erwägung für ausschlaggebend. Daneben sei aber doch, als auf ein unterstützendes Moment, noch darauf aufmerksam gemacht, dass in Cicero's Rede pro Quinctio, in der es sich um eine auf Grund angeblichen uadimonii deserti erlangte missio handelt und in der alle auf diesen Fall auch nur möglicher Weise zu beziehenden Edictsclauseln ausführlich besprochen werden, das Edict des fr. 2 pr. cit. auch nicht mit einem Wort berührt ist. Unter den Erklärungsversuchen, die man vom Standpunkt der herrschenden Auffassung für diese Tatsache unternommen hat — vgl. Karlowa, a. a. O. S. 113 fg. —, ist m. E. kein einziger wirklich befriedigend. Am wenigsten hat die historische Erklärung für sich, die das Edict des fr. 2 pr. für jünger hält als Cicero's Rede: gegenüber der ganz feststehenden Rechtsauffassung, die wir in dieser letztern bereits vorfinden, wäre die nachträgliche Entstehung des überflüssigen Specialedicts wahrhaft unbegreiflich.

2) D. (2. 7).

3) Fr. 1, 3, 5 h. t., fr. 16 de iudic. (5. 1) cf. fr. 5 § 4 h. t.

4) Fr. 2, 4 h. t.

5) Fr. 107 de R. J. (50. 17) cf. fr. 3 pr. h. t.

6) Ulp. 5 fr. 1, 3 h. t., Paul. 4 fr. 2, 4 pr. § 1 h. t.

7) Ulp. 5 fr. 5 pr. h. t.

8) Ulp. 5 fr. 5 § 2 h. t.

9) Ulp. 5 fr. 5 § 3 h. t.

10) Vgl. Gai. IV 46, § 12 J. de action. (4. 6), Theophil. ad h. t.

11) Vgl. gegen diese Ansicht namentlich Hefke, Bdtg. und Anwendungen der taxatio (Berlin 1879) S. 74 fgg.

gegen den Beklagten gerichtete Zweck jener Clausel. Ohne Zweifel hat das Edict vielmehr eine in iure vorzunehmende aestimatio im Auge, deren Resultat, selbstverständlich unter Minderungsrecht des Prätors, in die Formel aufgenommen wurde: diese letztere ist also auf certa pecunia gerichtet zu denken[1]). Damit stimmt auch die Fassung der Edictsclausel: quanti ea res aestimata est (nicht, wie es nach Rudorffs Formel heissen müsste, aestimabitur).

§ 13. ? ?

Mit dem Obigen ist Alles erschöpft, was sich über den Inhalt des Titels de in ius uocando mit Sicherheit ermitteln lässt. Es scheint aber der Titel noch ein weiteres Edict enthalten zu haben, worauf folgende drei enge zusammenhängende Stellen deuten:

Ulp. 5 fr. 9 de V. S. (50. 16):

> Marcellus apud Julianum notat uerbo „periisse“ et scissum et fractum contineri et ui raptum.

Julian. 1 fr. 19 commod. (13. 6):

> Ad eos qui seruandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?

Ulp. 5 fr. 41 locati (19. 2):

> — sed de damno ab alio dato agi cum eo[2]) non posse Julianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, siue custodiri potuit, ne damnum daretur siue ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.

Augenscheinlich handelt es sich in allen drei Stellen um die Haftung Jemandes, der die custodia einer Sache übernommen hat. Vielleicht ist an eine von dem in ius uocatus bewilligte (oder notgedrungene?) Sequestration der in den Streit gezogenen Sache zu denken[3]). Ausgeschlossen ist der Gedanke an die viel weniger weit gehende[4]) Verantwortlickeit des nach fr. 2 pr. quib. ex caus. in poss. (42. 4) Eingewiesenen.

1) So auch Hefke, a. a. O. S. 78. Ueber ältere Ansichten vgl. noch Glück, Erläuterung der Pandekten III S. 423 fg.

2) In den D. geht voraus (fr. 40): qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.

3) Vgl. fr. 7 § 2 qui sat. cog. (2. 8), fr. 16 de off. praes. (1. 18), fr. 11 § 1 ad exhib. (10. 4), fr. 21 § 3 de appell. (49. 1), c. 1 de prohib. sequestr. (4. 4). S. auch Petron. satir. c. 14.

4) Vgl. fr. 9 pr. de reb. auct. iud. (42. 5).

Tit. VI.

DE POSTULANDO[1]).

Ulp. 6[2]), Paul. 5[3]), Gai. 1[4]), Callistr. 1[5]).

Ulp. 6 fr. 1 § 1 h. t.:

.... (praetor) tres fecit ordines: nam quosdam in totum prohibuit postulare, quibusdam uel pro se permisit, quibusdam et pro certis dumtaxat personis et pro se permisit.

§ 14. *QUI OMNINO NE POSTULENT.*

Der erste Abschnitt enthielt zwei absolute Postulationsverbote:

MINOREM ANNIS DECEM ET SEPTEM, qui eos non in totum compleuit, prohibet postulare .....

SURDUM, QUI PRORSUS NON AUDIT, prohibet apud se postulare .....[6])

Hinzugefügt war die Bestimmung:

SI NON HABEBUNT ADUOCATUM, EGO DABO[7]).

§ 15. QUI PRO ALIIS NE POSTULENT[8]).

Die Postulation für Andere war untersagt:

den Frauen

feminas prohibet pro aliis postulare ...[9]),

den Blinden:

CAECUM UTRISQUE LUMINIBUS ORBATUM praetor repellit ....[10])

demjenigen,

QUI CORPORE SUO MULIEBRIA PASSUS EST[11]), QUI CAPITALI[12]) CRIMINE DAMNATUS EST ..., QUI OPERAS SUAS, UT CUM BESTIIS DEPUGNARET, LOCAUERIT[13]).

Am Schlusse seines Commentars zu diesem Abschnitt bemerkt Ulpian fr. 1 § 6 h. t.:

1) D. (3. 1), C. (2. 6). Ulp. 6 fr. 1 pr. h. t.: hunc titulum praetor proposuit... Vgl. auch Spicil. Solesm. ed. Pitra I p. 282 (bei Krüger, coll. libr. iur. anteiust. II p. 160): Ulpianus libr*o* ad edictum sexto qui pro aliis ne postulent titulo sexto sic refert etc. Möglich, dass in dieser corrumpirten Stelle bei dem „titulo sexto" an den 6ten Titel des Edicts zu denken ist.

2) Fr. 1, 3, 6 h. t., fr. 2, 4, 6, 8, 11, 13, 24 de his qui not. (3. 2), fr. 6 de iudic. (5. 1), fr. 18 de sponsal. (23. 1), fr. 2 de re iud. (42. 1), fr. 1 de praeuaric. (47. 15), fr. 32 de poenis (48. 19), fr. 4 de iure fisci (49. 14), fr. 1 de re milit. (49. 16), fr. 10, 12 de V. S. (50. 16). Die Beziehungen werden sich unten ergeben. Falsch inscribirt VI statt VII ist fr. 69 de V. O. (45. 1).

3) Fr. 4 h. t., fr. 5, 7, 9, 12, 14 de his qui not. (3. 2), fr. 13 de spons. (23. 1), fr. 109 de R. J. (50. 17).

4) Fr. 2 h. t., fr. 3 de his qui not. (3. 2), fr. 11 de V. S. (50. 16).

5) Fr. 85 de solut. (46. 3).

6) Ulp. 6 fr. 1 § 3 h. t.

7) Ulp. 6 fr. 1 § 4 h. t.

8) Ulp. 6 fr. 1 § 5 h. t., Spicil. Solesm. a. a. O. (n. 1).

9) Ulp. 6 fr. 1 § 5 h. t. Das Edict hatte: mulieres. Cf. Spicil. Solesm. l. c., wo aus Ulp. 6 citirt ist: inuenimus apud ueteres mulieris appellatione etiam uirgines contineri.

10) Ulp. 6 fr. 1 § 5 h. t. Hieher fr. 6 de iudic. (5. 1).

11) Ulp. 6 fr. 1 § 6 h. t., Paul. 5 fr. 109 de R. J. (50. 17). Hieher als Nebenbemerkung Ulp. 6 fr. 24 de his qui not. (3. 2), wofern diese Stelle nicht zu fr. 4 § 3 de his qui not. gehört.

12) Hieher: Ulp. 6 fr. 32 de poenis (48. 19).

13) Ulp. 6 fr. 1 § 6 h. t.

Qui aduersus ea fecisse monstretur, et pro aliis interdicta postulatione repellitur et pro aestimatione iudicis extra ordinem pecuniaria poena multabitur.

Rudorff[1]) hält dies für die Recapitulation einer edictalen Bestimmung. Mir ist das mehr als zweifelhaft. Multenandrohungen finden sich sonst im Edict nicht und waren zumal in solcher Unbestimmtheit auch ganz überflüssig; denn dass der Prätor seinen Verboten durch Multen Nachdruck geben konnte und gab, wusste ohnedies Jeder. Ich halte daher Obiges für blosse Erläuterung des edictalen „pro aliis ne postulent".

§ 16. *QUI NISI PRO CERTIS PERSONIS NE POSTULENT.*

Dieser Abschnitt zerfiel in zwei Edicte. Das erste schärfte summarisch die auf Gesetz oder gesetzesgleicher Vorschrift beruhenden Postulationsverbote ein, Ulp. 6 fr. 1 § 8 h. t.:

> Ait praetor: QUI LEGE PLEBIS SCITO SENATUS CONSULTO EDICTO DECRETO PRINCIPUM NISI PRO CERTIS PERSONIS POSTULARE PROHIBENTUR, HI PRO ALIO, QUAM PRO QUO LICEBIT, IN IURE APUD ME NE POSTULENT.

Das zweite Edict enthielt die hieher gehörigen prätorischen Postulationsverbote. Dasselbe ist, wie ich an anderm Orte[2]) nachgewiesen habe, von den Justinianischen Compilatoren auseinandergerissen und interpolirt worden. Aus dem Verzeichniss der von der Postulation ausgeschlossenen Personen, soweit dasselbe noch praktisch war, machten sie fr. 1 de his qui notantur inf. (3. 2), indem sie jenem Verzeichniss die Worte „infamia notatur" und dem Ganzen die unmögliche Inscription „Julianus libro primo ad edictum" vorsetzten. Den authentischen Abschluss des Edicts aber haben sie in fr. 1 § 9 und 11 de postulando gleichwohl getreulich überliefert. Die Fälschung, einmal aufgedeckt, ist zweifellos und handgreiflich; ich komme daher hier nicht weiter darauf zurück. Das Edict lautete (soweit die Kategorien der Postulationsunfähigen in fr. 1 de his qui not. aufgenommen sind) folgender Massen[3]):

> QUI AB EXERCITU IGNOMINIAE CAUSA AB IMPERATORE EOUE, CUI DE EA RE STATUENDI POTESTAS FUERIT, DIMISSUS ERIT[4]): QUI ARTIS LUDICRAE PRONUNTIANDIUE CAUSA IN SCAENAM PRODIERIT[5]): QUI LENOCINIUM FECERIT[6]): QUI IN IUDICIO PUBLICO CALUMNIAE PRAEUARICATIONISUE CAUSA QUID FECISSE IUDICATUS ERIT[7]): QUI FURTI, UI BONORUM RAPTORUM, INIURIARUM, DE DOLO MALO ET FRAUDE SUO NOMINE[8]) DAMNATUS PACTUSUE ERIT[9]): QUI PRO SOCIO, TUTELAE, MANDATI, DEPOSITI SUO NOMINE NON CONTRARIO IUDICIO DAMNATUS ERIT[10]): QUI EAM, QUAE IN POTESTATE EIUS ESSET, GENERO

1) Zschr. f. R. G. IV S. 57, E. P. § 18.
2) Zschr. der Sav.-Stift. f. R. G. II S. 56 fgg.
3) Lenel, a. a. O. S. 61.
4) Ulp. 6. fr. 2 pr. — § 4 de his q. not. (3. 2).
5) Ulp. 6 fr. 2 § 5, fr. 4 pr. § 1 eod., Gai. 1 fr. 3 eod.
6) Ulp. 6 fr. 4 § 2. 3 eod.
7) Ulp. 6 fr. 4 § 4 eod., fr. 1 de praeuaric. (47. 15).
8) Paul. 5 fr. 14 de his qui not. (3. 2).
9) Ulp. 6 fr. 4 § 5, fr.. 6 pr. — § 4 eod., fr. 4 de iure fisci (49. 14) ict. Paul. 5 fr. 5 de his qui not. (3. 2); c. 18 de caus. ex quib. inf. (2. 11 [12]), Gai. IV 182. Cf. l. Jul. munic. lin. 110 sqq., tab. Atestin. lin. 3 sqq., auct. ad Herenn. IV 27 § 37.
10) Ulp. 6 fr. 6 § 5—7 eod., Paul. 5 fr. 7 eod., Gai. IV 182. Cf. l. Jul. munic. und tab. Atestin. l. c.

MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESSE SCIRET[1]), INTRA ID TEMPUS, QUO ELUGERE UIRUM[2]) MORIS EST[3]), ANTEQUAM UIRUM ELUGERET, IN MATRIMONIUM COLLOCAUERIT: EAMUE SCIENS [QUIS][4]) UXOREM DUXERIT NON IUSSU EIUS, IN CUIUS POTESTATE EST[5]): ET QUI EUM QUEM IN POTESTATE HABERET, EAM, DE QUA SUPRA COMPREHENSUM EST, UXOREM DUCERE PASSUS FUERIT[6]): QUIUE SUO NOMINE[7]) NON IUSSU EIUS, IN CUIUS POTESTATE ESSET, EIUSUE NOMINE QUEM[8]) QUAMUE IN POTESTATE HABERET[9]) BINA SPONSALIA BINASUE NUPTIAS[10]) IN EODEM TEMPORE[11]) CONSTITUTAS[12]) HABUERIT[13]):

QUI EX HIS OMNIBUS QUI SUPRA SCRIPTI SUNT, IN INTEGRUM RESTITUTUS NON ERIT[14]):

PRO ALIO NE POSTULENT[15]), PRAETERQUAM PRO PARENTE, PATRONO PATRONA, LIBERIS PARENTIBUSQUE PATRONI PATRONAE, LIBERISUE SUIS, FRATRE SORORE[16]), UXORE, SOCERO SOCRU, GENERO NURU, UITRICO NOUERCA, PRIUIGNO PRIUIGNA, PUPILLO PUPILLA, FURIOSO FURIOSA[17]), CUI EORUM A PARENTE AUT DE MAIORIS PARTIS *TRIBUNORUM*[18]) SENTENTIA AUT AB EO, CUIUS DE EA RE IURISDICTIO FUIT, EA TUTELA CURATIOUE DATA ERIT.

Es erübrigt nunmehr nur noch die Ergänzung des von den Compilatoren ohne Zweifel stark beschnittenen Katalogs postulationsunfähiger Personen.

Zunächst lässt sich aus Vergleichung des in der lex Julia municipalis lin. 110 sqq. erhaltenen Verzeichnisses bescholtener Personen mit Spuren in den verzettelten Bruchstücken der Commentare zu unserm Edict nachweisen, dass folgende Infamiefälle der lex Julia auch in unserm Edict figurirt haben:

> qui sponsoribus creditoribusue[19]) suis renuntiauit renuntiauerit, se soldum[20]) soluere non posse aut cum eis pactus est erit se soldum soluere non posse, ... cuiusue bona ex edicto[21]) eius, qui iure dicundo praefuit praefuerit, praeterquam si cuius cum pupillus esset reiue publicae causa abesset[22]) neque dolo malo fecit fecerit quo magis rei publicae causa abesset[23]), possessa procriptaue sunt erunt.

Zweifellos dürften ferner auch im Edict vertreten gewesen sein die beiden Clauseln der lex Julia, die die Gladiatoren und lanistae betreffen, obwohl wegen

1) Ulp. 6 fr. 8 eod.
2) Ulp. 6 fr. 11 pr. eod., Paul. 5 fr. 9 eod.
3) Ulp. 6 fr. 11 § 1—3 eod.
4) *Qui? sed potius „quis" del.* (Mommsen).
5) Ulp. 6 fr. 11 § 4 eod., Paul. 5 fr. 12 eod.
6) Ulp. 6 fr. 11 § 4, fr. 13 pr. eod.
7) Ulp. 6 fr. 13 § 1 eod.
8) Paul. 5 fr. 13 de spons. (23. 1).
9) Ulp. 6 fr. 13 § 1 cit.
10) Ulp. 6 fr. 13 § 3 eod., c. 2 de incest. (5. 5).
11) Ulp. 6 fr. 13 § 2 eod.
12) Ulp. 6 fr. 18 de spons. (23. 1).
13) Ulp. 6 fr. 13 § 4 de his qui not. (3. 2).
14) Ulp. 6 fr. 1 § 9. 10 de postul. (3. 1).
15) Hiezu und zum Folgenden: Ulp. 6 fr. 1 § 11, fr. 3, 6 de postul. (3. 1), Paul. 5 fr. 4 eod., Gai. 1 fr. 2 eod.
16) Gell. N. A. XIII, 10.
17) Hier schiebt Rudorff (E. P. p. 43) wegen Gai. 1 fr. 2 h. t. „fatuo fatua" ein; allein diese Worte sind nicht edictal, wie daraus hervorgeht, dass einesteils Ulpian sie nicht hat, andernteils Gaius ihre Einschiebung besonders motivirt: cum istis quoque personis curator detur. Vgl. Ulp. 6 fr. 3 § 3 h. t.
18) D.: tutorum. Cf. Gai. I. 185, Ulp. XI, 18.
19) Ulp. 6 fr. 10, 12 pr. de V. S. (50. 16), Gai. 1 fr. 11 eod.
20) Ulp. 6 fr. 12 § 1 de V. S. (50. 16), Callistr. 1 fr. 85 de solution. (46. 3).
21) Ulp. 6 fr. 2 de re iudic. (42. 1).
22) Ulp. 6 fr. 1 de re milit. (49. 16).
23) Hier dürfte der Prätor noch eine Ausnahme zu Gunsten des debitor, qui ex lege Julia bonis cesserit, eingerückt haben, c. 11 ex quib. caus. inf. (2. 11 [12]).

des Untergangs der Gladiatorenspiele von diesen sich keine Spur in die Digesten gerettet hat:

> qui depugnandi causa auctoratus est erit fuit fuerit (l. Julia lin. 112 sq.), . . . qui lanistaturam fecit fecerit . . . (l. Julia lin. 123).

Der fortdauernd entehrende Charakter beider Gewerbe steht fest, und unter eine der erhaltenen Edictsclauseln fallen sie nicht[1]). Zweifelhaft könnte nur sein, ob nicht lanistae und Gladiatoren schon in den zweiten Abschnitt unseres Titels zu den freilich weit tiefer verachteten bestiarii zu stellen wären.

Weiterhin ist aus dem Verzeichniss der iudicia famosa durch die Compilatoren die actio fiduciae gestrichen worden[2]) und hat auch die Clausel pro quo datum depensum est erit — l. Jul. munic. lin. 115 — ein wohlbegründetes Recht auf Aufnahme ins Edict. Ob dagegen auch die auf den verurteilten Betrüger von Minderjährigen bezügliche Clausel der l. Julia lin 111 sq.

> qui lege Plaetoria ob eamue rem, quod aduersus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit

Aufnahme in unser Edict verdient[3]), wird davon abhängen, ob das „iudicium publicum rei priuatae lege Plaetoria", von dem Cicero[4]) meldet, zu Hadrians Zeit noch praktisch war.

Einsprache ist schliesslich zu erheben gegen Rudorffs Versuch[5]), die Clauseln über den Trauerbruch aus dem in Fragm. Vatic. § 320 überlieferten Edicte zu vervollständigen. Karlowa[6]) hat überzeugend nachgewiesen, dass der in letzterer Stelle bruchstücksweise gegebene Infamenkatalog keineswegs mit dem uns hier beschäftigenden identisch ist, dass er vielmehr einem ganz andern Edictstitel, dem de cognitoribus et procuratoribus, angehört und dass entscheidende äussere und innere Gründe[7]) die Ergänzung unseres Edicts aus diesem in Rudorffs Sinne verbieten.

1) Namentlich nicht unter die „qui artis ludicrae causa in scaenam prodierit". Das Gegenteil nimmt Pernice, Labeo I. S. 245 n. 21 an, weil nach fr. 2 § 5 de his qui not. (3. 2) diejenigen, die quaestus causa in certamina descendunt, unter jene Clausel subsumirt werden. Allein bei diesen certamina ist nicht an Gladiatorenkämpfe, sondern an die Wettkämpfe bezahlter Ringer, Wettläufer u. dgl. zu denken, die den uirtutis gratia kämpfenden Athleten — fr. 4 pr. eod. — hier entgegengestellt werden. Den Gladiator entehrt nicht das öffentliche Auftreten, sondern schon das auctoramentum selbst, und der lanista betreibt keine ars ludicra (welch letzteres übrigens auch hinsichtlich des Gladiators bestreitbar ist).

2) Gai. IV 182, l. Jul. munic. lin. 111, Cic. pro Caec. c. 3 § 7.

3) Dafür Rudorff, Zschr. f. R. G. IV S. 50.

4) De nat. deor. III 30 § 74.

5) Zschr. f. R. G. IV S. 53 fgg.

6) Zschr. f. R. G. IX S. 220 fgg.

7) Diesen Beweisgründen kann noch hinzugefügt werden, dass die in fragm. Vat. § 320 erwähnte Trauerpflicht um Eltern und Kinder, von Ulpian nicht lib. 6, sondern lib. 8, d. h. gelegentlich des Edicts de cognitoribus, besprochen wurde: Ulp. 8 fr. 23 de his qui not. (3. 2).

Tit. VII.

§ 17—24. *DE UADIMONIIS.*

Ulp. 7[1]), Paul. 6[2]). 7[3]), Gai. 2[4]), Julian. 2[5]), Callistr. 1[6]).

Die Ordnung der Materien in diesem von den Compilatoren schlimm mitgenommenen Titel lässt sich nur zum Teil sicher bestimmen: Anhaltspunkte gewährt die Rubrikenordnung der Digesten (2. 8) bis (2. 10), wie auch der Paulinische Edictcommentar, in dem das Vadimonium zwei Bücher ausfüllt. Im Uebrigen sind wir auf Vermutungen angewiesen. Ich gebe im Folgenden den nachweisbaren Inhalt des Titels, wobei dahingestellt bleiben soll, ob nicht im Album mehrere der hier getrennten Clauseln jeweils zu einer einzigen verbunden waren.

Erste Clausel (de uadimonio faciendo).

Gai. IV. 184:

> Cum autem in ius uocatus fuerit aduersarius neque *e*o die finiri poterit negotium, uadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti[7]).

Zweite Clausel (quanti uadimonia fiant).

Gai. IV. 186:

> Et siquidem iudicati depensiue agetur, tanti fi*e*t uadimonium, quanti ea res erit: si uero ex ceteris causis, quanti actor iurauerit no*n* calumniae causa postulare sibi *u*adimonium promitti: nec tamen *pluris quam partis dimidiae nec* pluribus quam sestertium centum milium fit uadimonium[8]): itaque si centum milium res erit nec iudicati depensiue ag*e*tur, non plus quam sestertium quinquaginta mili*um* fit uadimonium[9]).

1) Fr. 1, 3 si ex nox. causa (2. 9), fr. 1 de eo per quem fact. erit (2. 10), fr. 5, 7 de procur. (3. 3), fr. 7 de iudic. (5. 1), fr. 11 de noxal. act. (9. 4), fr. 25 ad l. Corn. (48. 10), fr. 13 de V. S. (50. 16). Hieher gehört ferner fr. 69 de V. O. (45. 1), in der Flor. ursprünglich richtig Ulp. 7, dann vom Corrector fälschlich Ulp. 6 inscribirt. Nicht hieher gehört dagegen fr. 44 loc. (19. 2), fälschlich Ulp. 7 statt Ulp. 17 inscribirt.

2) Fr. 16 qui sat. cog. (2. 8), fr. 2 si ex nox. caus. (2. 9), fr. 2 de eo per quem (2. 10), fr. 6 de proc. (3. 3), fr. 6 de R. V. (6. 1), fr. 12 de noxal. act. (9. 4), fr. 15 de iureiur. (12. 2), fr. 17 de auctor. (26. 8), fr. 110 de R. J. (50. 17).

3) Fr. 5 de i. i. r. (4. 1), fr. 9 ad l. Jul. de ui publ. (48. 6), fr. 14 de V. S. (50. 16).

4) Fr. 8 de iudic. (5. 1), fr. 1 de noxal. act. (9. 4), fr 111 de R. J. (50. 17).

5) Fr. 3 de eo per quem (2. 10), fr. 200 de V. S.

6) Fr. 6 de incend. (47. 9).

7) Cf. Prob. Einsidl. 63: V. F. J. = uadimonium fieri iubere (iubebo?). Hieran wird sich die Verheissung einer actio wider den Verweigerer des Vadimonium angeschlossen haben, arg. l. Rubr. c. 21 i. f. A. M., auf Grund irriger Auffassung des Edicts Si quis ius dicenti non obtemperauerit, Voigt, Abh. der kgl. sächs. Gesellsch. d. Wiss. VIII S. 359 n. 175.

8) Exceptio bei irrig auf höhere Summe gestelltem Vadimonium: fr. 4 § 5 si quis cautione (2. 11). Auf die vorschriftsmässige Summe kann aber natürlich auch hier anstandlos geklagt werden, weil in eo, quod plus sit, semper inest et minus. Paul. 6 fr. 110 pr. de R. J. (50. 17), welche Stelle vermutlich hieher gehört. Vgl. Jac. Gothofredus ad h. l. (opp. min. Lugd. 1733, c. 1023), Rudorff, Zschr. f. R. G. IV S. 65 n. 115. Doch sind auch andere Zusammenhänge denkbar, vgl. z. B. collatio II, 6 § 1, Gai. III 224.

9) Cf. Julian. 2 fr. 3 § 4 de eo per quem (2. 10): si a fideiussore quinquaginta stipulatus fuero, si in iudicium reus non uenerit,

Dritte Clausel: Qui satisdare cogantur uel iurato promittant uel suae promissioni committantur. D. (2. 8.)

In dieser Digestenrubrik haben wir ohne Zweifel die dem Bericht des Gai. IV. 185 entsprechende Edictsrubrik[1]) vor uns:

> Fiunt aut*em* uadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisdatione, quibusdam cum satisdatione[2]), quibusdam iureiurando[3]), quibusdam recuperatoribus suppositis —: eaque singula diligenter praetoris edicto significantur.

Ueber das uadimonium recuperatoribus suppositis s. unten.

Vierte Clausel: *de uadimonio concipiendo*[4]).

Die Edictmässigkeit dieser von Rudorff nicht aufgenommenen[5]) Clausel ergibt sich aus Paul. 6 fr. 6 de R. V. (6. 1). Im Zusammenhang der Justinianischen Compilation hat diese Stelle Bezug auf die intentio der rei uindicatio. Dass sie ursprünglich die Fassung des Vadimonium betraf, erhellt nicht nur aus der Inscription Paul. 6, sondern auch aus ihrem Inhalt: denn zweimal zieht der Jurist, indem er die Fassung des Vadimonium erörtert, die Grundsätze über die Designation des Streitgegenstandes in der Formel analog oder gegensätzlich heran:

> quamuis et in uasis occurrat difficultas, utrum lancem dumtaxat dici oporteat an etiam, quadrata uel rotunda, uel pura an caelata sint, quae ipsa in petitionibus quoque adicere difficile est . . .
> licet in petendo homine nomen eius dici debeat et utrum puer an adulescens sit, utique si plures sint rel.

Dass wir es aber in der Stelle wirklich mit der Erörterung von Edictsworten und nicht mit gelegentlich an andere Clauseln angeschlossenen Erörterungen zu tun haben, zeigt ihr Anfang:

> Si in rem aliquis agat, debet designare „rem" et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim „rei" non genus sed speciem significat[6]).

Fünfte Clausel: Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caueatur[7]). D. (2. 9).

petiturus a reo centum . . . Fr. 4 § 5 si quis caution. (2. 11): . . . si iudicio sistendi causa pluris quam statutum est per ignorantiam promissum fuerit . . . Die Interpolationen ergeben sich von selbst.

1) Die Worte „suae promissioni committantur" für nicht edictal zu halten, wie Rudorff (Zschr. f. R. G. IV S. 63 n. 103) will, sehe ich keinen Grund.

2) So namentlich das Vadimonium der Stellvertreter. Hieher Paul. 6 fr. 110 § 1 de V. S. (vgl. schon Jac. Gothofredus, opp. min., Lugd. 1733, c. 1024 sqq., der freilich an die cautio iudicatum solui denkt; ganz schief Rudorff, a. a. O. n. 106, richtig E. P § 21[2]). Für den procurator praesentis leistet, wie für den cognitor (arg. Gai. IV 101), der dominus selbst das Vadimonium. Hieher augenscheinlich fr. 5—7 de procur. (3. 3) aus Ulp. 7 und Paul. 6, Stellen, die von Rudorff, Zschr. f. R. G. IV S. 70 n. 1 und E. P. § 24[4] missdeutet sind.

3) Hieher Paul. 6 fr. 16 qui sat. cog. (2. 8), fr. 15 de iureiur. (12. 2). Der Eid kommt hier nur als moralische Verpflichtung in Betracht. A. M. Voigt, Abh. der kgl. sächs. Ges. der Wiss. VIII, S. 358 n. 174.

4) Cic. ad Quintum fr. II 13 (15[a]), 3: negat enim . . . . quemquam fuisse, qui uadimonium concipere posset.

5) S. aber Zschr. f. R. G. IV S. 64.

6) Auf den Grad der in re designanda erforderten Genauigkeit kann zu beziehen sein Ulp. 7 fr. 13 pr. de V. S. (50. 16): mulieris appellatione etiam uirgo uiripotens continetur. Anders, m. E. unmöglich, Rudorff, E. P. § 20[3].

7) Uadimonium fiat?

Ulp. 7. fr. 1 h. t.:

> Si quis eum, de quo noxalis actio est[1]), iudicio sisti promisit, praetor ait: IN EADEM CAUSA EUM EXHIBERE, IN QUA TUNC EST, DONEC IUDICIUM ACCIPIATUR.

Der Eingang der Stelle ist augenscheinlich Product der Compilatoren. Ulpian handelte hier, wie die Digestenrubrik dartut, von dem „quemadmodum caueatur", nicht von dem was Rechtens war „si quis promisit". Ich zweifle nicht, dass die citirten Worte des Prätors sich auf die Fassung des Vadimoniums bezogen, etwa: ita uadimonium fieri iubebo, ut in eadem causa eum exhibere promittat rel.; dass nämlich das Vadimonium in der Tat in dieser Weise zu fassen war, steht fest[2]). Commentar zu unserer Clausel enthalten Ulp. 7 fr. 1, 3 h. t., fr. 11 de noxal. act. (9. 4), fr. 69 de V. O. (45. 1), Paul. 6 fr. 2 h. t., fr. 12 de noxal. act. (9. 4).

Sechste Clausel: *Quas personas sine permissu praetoris uadari non liceat.*

Gai. IV. 187:

> Q*uas* autem personas sine permissu praetoris impune in ius uocare non possumus, easdem nec uadimonio inui*tas* obligare *p*ossumus praeterqua*m* si praetor aditus p*er*mittat.

Hieran mag sich eine andere Bestimmung geschlossen haben, worin der Prätor das uadimonium domum faciendum vorsah, für den Fall, dass der in ius uocatus ein ius domum reuocandi nachwies. Darauf gehen Ulp. 7 fr. 7 de iudic. (5. 1), Gai. 2 fr. 8 eod. Doch können hier auch anderweite gesetzliche Vorschriften commentirt sein, die die Juristen in ihre Erörterung hereinzogen.

Siebente Clausel: DE EO PER QUEM FACTUM ERIT, QUO MINUS QUIS *UADIMONIUM*[3]) SISTAT. D. (2. 10).

Das Edict lautete etwa (s. Julian. 2 fr. 3 pr. h. t.):

> *In eum, qui* DOLO MALO FECISSE[4]) *dicetur, quo minus quis uadimonium sisteret, quanti ea res erit*[5]), *iudicium dabo.*

Commentar hiezu oder zu der entsprechend proponirten Formel enthalten: Ulp. 7 fr. 1 h. t. (2. 10), fr. 25 de l. Corn. de fals. (48. 10) cf. fr. 1 § 2 h. t.; Paul. 6 fr. 2 h. t., fr. 110 § 2 de R. J. (50. 17)[6]); Gai. 2 fr. 111 de R. J. (50. 17)[7]); Julian. 2 fr. 3 h. t. (2. 10).

Eine noxalis actio war nicht proponirt, wurde aber von der Praxis gewährt: Ulp. 7 fr. 1 § 5 h. t. —

Die bisher betrachteten Clauseln, soweit sie überhaupt durch den Paulinischen Edictcommentar belegt werden konnten, gehören alle noch zu Paul. 6, die unten nächst folgende bereits zu Paul. 7. Es restiren aber noch einige wenige Stellen aus Paul. 6, für die sich eine bestimmte Beziehung im Obigen

1) Gai. 2 fr. 1 de noxal. act. (9. 4), Julian. 2 fr. 200 de V. S. (50. 16).

2) Fr. 5, 6 h. t. (2. 9).

3) D.: in iudicio.

4) Ulp. 7 fr. 1 § 1 sqq. h. t. (2. 10).

5) Nicht bloss „quanti uadimonium factum erit": Julian. 2 fr. 3 pr. § 4 h. t. (2. 10).

6) Cf. fr. 2 h. t., dazu fr. 3 i. f. de nox. act. (9. 4). Gänzlich missdeutet ist fr. 110 § 2 cit. von Rudorff, Zschr. f. R. G. IV S. 70 n. 3, E. P. § 25², wohl auf die Autorität des Jac. Gothofredus (opp. min. c. 1025) hin.

7) Fr. 111 pr. cit. geht auf die Frage der doli capacitas des Pupillen mit Bezug auf das Erforderniss „dolo malo fecisse".

nicht ergeben hat. Diese müssen hier zunächst daraufhin geprüft werden, ob sie Anlass zur Annahme weiterer uns unbekannt gebliebener Clauseln geben.

Fr. 110 § 3 de R. J. (50. 17):

Ubi uerba coniuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum.

Offenbar bezieht sich das Fragment auf einen der zahlreichen Fälle, wo die Formelsprache Alternativen unter Weglassung der Alternativpartikel ausdrückt. Sicher verkehrt ist daher Rudorffs[1]) Versuch, aus der Stelle auf ein ui doloue malo in der Strafklage unserer siebenten Clausel zu conjiciren: dass ein „ui doloue malo" alternative Bedeutung hat, darüber dürfte Paulus wohl schwerlich ein Wort verloren haben. Die specielle Beziehung lässt sich nicht nachweisen: uerba non coniuncta im Sinne der Stelle können aber sehr wohl in einer der bereits erörterten Edictclauseln vorgekommen sein.

Fr. 110 § 4 de R. J. (50. 17):

Mulieribus tunc succurrendum est, cum defendantur, non ut facilius calumnientur.

In diesem § ist die Rede von eiuer Hilfe, die die Frauen geniessen, cum defendantur, d. h. doch wohl, wo sie durch diese Hilfe gegen einen ihnen drohenden Schaden geschützt werden, die ihnen aber in concreto versagt wird, weil sie hier zur Chicane dienen würde. Dabei mag man etwa an Folgendes denken. Ist aus Versehen ein zu hohes oder ein Vadimonium mit Bürgen gestellt worden, wo keines geschuldet war, so werden auf Grund des Irrtums Exceptionen gewährt, — fr. 4 § 5 si quis caution. (2. 11). Wie nun im umgekehrten Fall, wenn die klagende Partei sich aus Versehen mit einem zu niedrigen oder einem unverbürgten Vadimonium begnügt hat? Hier hilft der Prätor derselben nicht und zwar auch nicht, wenn sie weiblichen Geschlechts ist, weil iuris error feminis in compendiis non prodest. Dass diese Deutung von fr. 110 § 4 cit. nicht die einzig mögliche ist, versteht sich von selbst[2]).

Fr. 17 de auctor. et cons. (26. 8):

Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum praetor cogere, primum quia iniquum est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum praestare, deinde etsi expedit, tutelae iudicio pupillus hanc iacturam consequitur.

Rudorff[3]) deutet die Stelle auf den Fall, wo ein Pupill Vadimonium leisten soll; zu dem „etiamsi non expedit" und wieder „si expedit" will das nicht recht passen. Vielleicht ist die Inscription falsch — Paul 6 statt Paul. 16, wo der Jurist sehr wahrscheinlich von den Legisactionen handelte und daher auch von dem Erforderniss der auctoritas zur Prozessführung des Pupillen gehandelt haben kann. Sicheres lässt sich nicht ermitteln. —

Achte Clausel: Quibus ex causis uadimonia recuperatoribus suppositis fiant.

1) E. P. § 25², jedenfalls nach J. Gothofredus ad h. l. (opp. min. c. 1026 sqq.).

2) Unhaltbar, weil mit dem Wortlaut der Stelle nicht verträglich, ist m. E. Rudorffs Hypothese in der Zschr. f. R. G. IV S. 64. Annehmbarer Cuiac. in Paul. ad ed. (opp. V c. 98).

3) a. a. O. S. 64.

Gai. IV. 185:

> Fiunt . . . uadimonia . . . ex causis . . . . quibusdam recuperatoribus suppositis, id est ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summa*m* uadimonii condemnetur . . .

In welchen Fällen dies besonders strenge Verfahren eintrat, ist uns nicht überliefert; wahrscheinlich aber ist, dass es vorzugsweise bei Delictsansprüchen stattfand, die ja auch selber den Hauptstock der iudicia recuperatoria bilden. Darauf nun glaube ich die verschiedenen Erörterungen beziehen zu müssen, die sich am Schlusse der Commentare zu unserm Titel — Paul. 7, Ulp. 7 — finden[1]). Paul. 7 in fr. 14 pr. de V. S. und ebenso Ulp. 7 in fr. 13 § 1—3 eod. untersuchen die Frage, wann man sagen könne: „rem furto abesse“, und zwar augenscheinlich im Anschluss an Edictworte. Paul. 7 in fr. 14 § 1 de V. S. definirt ebenso den Begriff „rem amisisse“, — das Wort amissum aber kommt in dem Edict de turba — fr. 4 § 9. 10 ui bon. rapt. (47. 8) — vor, aus welchem ein iudicium recuperatorium erteilt wurde[2]). Paul. 7 fr. 9 ad l. Jul. de ui (48. 6) definirt das Wort armatos, wobei Jeder an das damnum ui hominibus armatis coactisue datum oder an das interdictum de ui armata denken wird; weiter finden wir bei Callistr. 1 in fr. 6 de incendio (47. 9) den Begriff der nauis expugnata erläutert, eine Erörterung, die sich nicht leicht unter eine andere der bei Callistr. 1 behandelten Materien wird unterbringen lassen[3]); auch die hierauf bezüglichen Klagen aber sind recuperatorische Judicien[4]). Hienach wären, wenn unsere Vermutung richtig ist, zu den in Betreff des Vadimonium privilegirten Sachen zu rechnen: einmal die selber als recuperatoria iudicia proponirten Delictsklagen, ausserdem aber auch die actio furti, diese jedoch nicht schlechtweg, sondern nur, si cui furto res abesse dicetur, also nicht mehr, wenn der Bestohlene die Sache unbeschädigt[5]) zurückerlangt hatte und nur noch de lucro certirte. Ich betone ausdrücklich, dass ich dies lediglich als eine nicht unwahrscheinliche Hypothese, keineswegs als vollbewiesene Tatsache gebe.

Schliesslich erübrigt noch eine Stelle aus Paul. 7, fr. 5 de i. i. r. (4. 1):

> Nemo videtur *re*[6]) exclusus, quem praetor in integrum se restituturum polliceatur.

In Beziehung auf diese Stelle wage ich keine bestimmte Vermutung; doch sei die Möglichkeit mindestens angedeutet, dass auch in Bezug auf res tempore periturae die privilegirte Behandlung des Vadimonium eintrat[7]).

1) Die Art und Weise, wie Rudorff den grössern Teil der oben angeführten Fragmente zu der Clausel Si ex noxali causa agatur in Beziehung setzt, s. Zschr. f. R. G. S. 67, E. P. § 24[4]. Wäre diese Beziehung aus innern Gründen ebenso möglich, wie sie unmöglich ist, so würde sie gleichwohl aufgegeben werden müssen, da jene Clausel nach Paul. 6 gehört.

2) Paul. l. c. definirt: Rem amisisse uidetur, qui aduersus nullum eius persequendae actionem habet. Das kann sich sehr wohl auf den so häufigen Fall beziehen, dass bei einem Tumult etwas abhanden kommt, ohne dass sich irgend Jemand als Täter ermitteln lässt.

3) Callistr. 2 beginnt anscheinend mit dem Titel de restitutionibus. Bis zu diesem Titel also hat die Conjectur Spielraum.

4) Vgl. S. 21.

5) Vgl. fr. 13 § 1, 14 pr. de V. S.

6) Bas.: ἐκπεπτωκέναι πράγματος.

7) Vgl. fr. 3 de feriis (2. 12), wo bei einer sehr nahe verwandten Frage die res tempore periturae neben den Delictsklagen figuriren. Dürfte fr. 5 de i. i. r. in der erwähnten Weise

Tit. VIII.

DE COGNITORIBUS ET PROCURATORIBUS ET DEFENSORIBUS[1]).

Ulp. 8—10, Paul. 8. 9, Gai. 3, Julian. 3.

Unter diesen Titel rechne ich folgende Edicte:

1. über die Fähigkeit einen Cognitor zu bestellen.
2. über die Fähigkeit zum Cognitor bestellt zu werden.
3. über den wider den Cognitor stattfindenden Zwang zur Uebernahme des Judicium.
4. de abdicando uel mutando cognitore.
5. über die Zurückweisung unbevollmächtigter Vertreter des Klägers nebst Ausnahmen.
6. Quibus alieno nomine, item per alios agere non liceat.
7. Quibus municipum nomine agere liceat.
8. über die Defensions- und Cautionspflicht des alieno nomine agens.
9. über die Klage wider die Municipien.
10. Quod cuiuscumque uniuersitatis nomine uel contra eam agatur.
11. De negotiis gestis.

Unter diesen Edicten handeln Nr. 1—4 von den Cognitoren; das Voranstehen dieser Edicte ergibt sich, abgesehen von den unten folgenden Specialbelegen aus den Commentaren, schon daraus, dass in dem Edict Nr. 6 auf die Edicte Nr. 1. und 2. verwiesen ist[2]). Es folgen unter Nr. 5—8 vier weitere Edicte über die sonstige[3]) Vertretung der klagenden Partei (durch procurator oder actor); den Inscriptionen nach könnte das Edict Nr. 7 unter diesen auch an letzter Stelle stehen; es ist mir dies aber desshalb nicht wahrscheinlich, weil, wenn die Edicte über das agere nomine municipum (Nr. 7) und über die actio aduersus municipes (Nr. 9) sich unmittelbar gefolgt wären, Ulpian schwerlich jenes bereits in lib. 9, dieses erst in lib. 10 behandelt, beide vielmehr vermutlich zusammengenommen haben würde. Das Edict Nr. 9, durch welches das Edict Nr. 10 attrahirt ist, handelt von der defensio der Municipien, das Edict Nr. 10 doch auch von der defensio sonstiger uniuersitates, und ebenso scheint mindestens in classischer Zeit bei dem Edict Nr. 11 de negotiis gestis — arg. fr. 1 de N. G. (3. 5) — der Gedanke an das Verhältniss des defensor absentis zu dem Abwesenden als für die systematische Stellung massgebend angesehen worden zu sein. Ich halte es daher für gerechtfertigt, die Rubrik unseres Titels im Anschluss an die Digestenrubrik (3. 3) auch auf die defensores auszudehnen.

gedeutet werden, so könnte auch fr. 14 § 1 de V. S. hieher gezogen werden; doch scheint sich mir für letztere Stelle die oben angegebene Beziehung mehr zu empfehlen.

1) D. (3. 3) de procuratoribus et defensoribus. C. Just. (2. 12 [13]) de procuratoribus. Paul. sent. I 2 de cognitoribus, I 3 de procuratoribus. Fr. Vat. rubr. de cognitoribus et procuratoribus (ed. Mommsen p. 370, 372). C. Theod. (2. 12) de cognitoribus et procuratoribus.

2) Vgl. auch die Ordnung der Materien in Paul. sent. I 2. 3 und in den Rubriken der fr. Vat. und des C. Theod.

3) S. übrigens auch Eisele, Cognitur und Procuratur (1881) S. 77.

Ehe ich mich nunmehr zu den einzelnen bezeugten Edictsclauseln wende, scheint es mir zweckmässig, darüber Klarheit zu schaffen, was wir als nicht oder nicht hinlänglich bezeugt bei der Edictsreconstruction bei Seite liegen lassen müssen.

1. Zunächst gaben die Edicte über die Cognitoren den Juristen Veranlassung zu mancherlei Erörterungen, die sich nicht als Commentar zu Edictswortlaut qualificiren: Erörterungen über die Form der Bestellung eines Cognitor, über verschiedene im Edict nicht geregelte Fragen hinsichtlich der Fähigkeit der beteiligten Personen und hinsichtlich der Arten von Rechtsstreitigkeiten, in welchen eine Cognitur stattfinden kann, über das Rechtsverhältniss zwischen Cognitor und Mandant, über den Umfang der Vollmacht des Cognitor u. s. w. Hieher rechne ich z. B. Ulp. 8 fr. Vat. 318, fr. 8 pr. § 1 h. t., fr. 7 de in lit. iur. (12. 3), fr. 17 de nouat. (46. 2)[1]), Paul. 8 fr. 2, 4, 32, 42[2]) h. t., fr. 86 de solut. (46. 3), fr. 112 de R. I. (50. 17)[3]), Gai. 3 fr. 39 de O. et A. (44. 7) cf. fr. 8 pr. i. f. h. t. Noch andere hieher gehörige Stellen werden unten gelegentlich zur Besprechung kommen. Aehnliche Erörterungen, ohne Anschluss an Edictsworte, finden sich ebenso auch in den Commentaren zu den Procuratorenedicten als Einleitung, Anhang oder gelegentliche Einschiebung: Ulp. 9 fr. 1, 3, 29, 31[4]) h. t. Paul. 9 fr. 51 de solut. (46. 3), Gai. 3 fr. 41 mandati (17. 1) und zum Teil auch fr. 46 h. t.

2. Rudorff (E. P. § 33) hat, entsprechend dem Edict de abdicando uel mutando cognitore, auch ein Edict de abdicando uel mutando procuratore aufgenommen. Ein solches Edict hat nicht existirt, und Rudorff ist zu seinem Irrtum wohl nur dadurch veranlasst worden, dass Ulpian, der die übrigen Cognitorenedicte lib. 8 erläutert, das Edict de abdicando uel mutando cognitore erst lib. 9 erörtert, wo sonst nur vom Procurator die Rede ist: dies hat Rudorff verleitet, den bei dem Ulpian der Digesten im Commentar zum Translationsedict vorkommenden „procurator“ für echt zu nehmen, während er hier, wie in lib. 8 überall, für „cognitor“ interpolirt ist. Den einleuchtenden Beweis dafür, dass Rudorffs Ansicht falsch ist, liefert der Umstand, dass, wenn es zwei Translationsedicte gegeben hätte, Ulpian die ausführliche Erörterung jedenfalls zu dem ersten verfasst und bei dem zweiten sich mit einer blossen Verweisung begnügt haben würde. Statt dessen handelt Ulpian in den zu § 28 anzuführenden Stellen aus lib. 9 offenbar zum ersten Male ex professo von der Translation und verweist in fr. 17 § 2 h. t. bei einer Gelegenheit, wo die Verweisung auf das Edict de cognitore abdicando uel mutando, wenn es wirklich früher erörtert gewesen wäre, geradezu unvermeidlich war, statt dessen auf ein anderes Cognitorenedict. Fragt man nun etwa noch, warum

1) Delegare scriptura uel nutu ..... quis potest. Der Gegensatz liegt auf der Hand.

2) Der Anknüpfungspunkt für fr. 42 § 7 ist, dass der Gläubiger sich von seinem Schuldner nur einen Cognitor in solidum gefallen zu lassen braucht.

3) Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur. Die Stelle geht wohl auf die Wirkung der lis contestata (iudicio legitimo oder imperio continenti) für den Vertretenen.

4) Im Sinne Ulpians vom procurator praesentis, schwerlich mit Keller, Litiscontestation und Urteil S. 326, vom cognitor zu verstehen.

denn ein Edict über die Translation nur für den Fall der Bestellung eines Cognitor erlassen worden, so lautet die Antwort: weil im Gebiet der Procuratur zur Zeit des Hadrianischen Edicts[1]) ein solches Translationsedict kein Bedürfniss war. Das für und wider den blossen procurator erlassene Urteil wirkte nicht für und wider den dominus: hatte der dominus begründete Einwendungen wider die Prozessführung des procurator, so konnte er ohne translatio iudicii sei es sofort sei es später einen neuen Process wider den Gegner beginnen, und, wenn der Procurator versuchte, die Folgen des frühern Processes mittels der actio mandati oder negotiorum gestorum auf ihn abzuwälzen, so hatte er jetzt noch alle Zeit, jene Einwendungen vorzubringen.

3. Das Edict enthält Vorschriften über die Bedingungen der Zulassung von procuratores ad agendum. Entsprechende Bestimmungen hinsichtlich der Defensoren enthielt es nicht. Vollmacht wurde von dem Defensor nicht verlangt, und ebensowenig unterlag er denselben Fähigkeitsbeschränkungen wie der procurator ad agendum, und zwar beides mit Bedacht. Publice utile est, sagt Ulp. 9 in fr. 33 § 2 h. t., absentes a quibuscumque defendi: nam et in capitalibus iudiciis defensio datur: ubicumque itaque absens quis damnari potest, ibi quemuis uerba pro eo facientem et innocentiam excusantem audiri aequum est et ordinarium admittere. Und der Scholiast bemerkt hiezu ausdrücklich: *καὶ διὰ τοῦτο δύναταί τις, κἂν μὴ ἔχει μανδάτον κἂν ἄτιμός* (infamis) *ἐστι, δεφενδεύειν τὸν ἀπολιμπανόμενον*. Allerdings versteht sich von selbst, dass der Prätor gleichwohl ungeeignete Defensoren sei es von Amtswegen sei es auf Antrag des Klägers zurückweisen konnte. Dahin gehören z. B. Frauen, Soldaten, criminell Angeklagte. Aber die Unfähigkeit der Frauen wird in fr. 2 § 5 ad S C Vell. (16. 1) lediglich als Folge ihrer Intercessionsunfähigkeit hingestellt, keineswegs auf specielle Edictsvorschrift zurückgeführt, und Andeutnng einer solchen finden wir auch in den übrigen Stellen nicht, die von der Tauglichkeit eines Defensor handeln; ihre Ausdrucksweise spricht vielmehr gegen edictale Grundlage[2]). So bliebe also nur die Frage, ob das Edict nicht eine Clausel enthielt, in der es die Zulassung von Defensoren überhaupt aussprach. Auch diese Frage ist aber zu verneinen: alles, was das Edict in Beziehung hierauf enthielt, war der nicht in unserm Titel, sondern unter dem de satisdando ausgesprochene Satz, dass, wer, ohne Cognitor zu sein, einen andern defendiren wolle, cautio de rato leisten müsse; in den Commentaren zu unserm Titel wird diese Cautionspflicht des Defensor nur gelegentlich des Edicts Nr. 8 erwähnt.

4. Schliesslich lässt sich noch die Frage anregen, ob nicht irgendwo im Edict die bei Gai. IV. 86. 87 angeführten Stellvertreterformeln proponirt gewesen sind. Darauf habe ich nur die Antwort, dass uns Spuren dieser Formeln nirgends in den Commentaren begegnen, und dass ihre Conception sehr wohl lediglich auf prätorischer, im Edict nicht fixirter, Praxis beruht haben kann.

1) Späterhin wurden die Grundsätze der Cognitur, hier wie sonst, auf den beauftragten Procurator übertragen. Ulp. 9 fr. 27 pr. h. t. (der Wortlaut ist bei dem Uebergang „sed haec ita" von den Compilatoren leicht verändert).

2) Vgl. z. B. c. 6, 7, 18 h. t.

§ 25. *QUI NE DENT COGNITOREM.*

Ulp. 8[1]), Paul. 8[2]), Gai. 3[3]).

Fr. Vat. 322 (ict. 323):

> Verba autem edicti haec sunt: „Alieno nomine item *per* alios agendi potestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem neue dentur edictum comprehendit.

Gai. IV. 124:

> . . . si is, qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat . . . . .

Der einzige Grund, aus dem man des Rechts, durch Cognitoren zu processiren, verlustig ging, war, soweit wir sehen können, die Infamie, vgl. § 11 J. de except. (4. 13):

> . . . exceptiones quae olim procuratoribus propter infamiam uel dantis uel ipsius procuratoris opponebantur . . .

Und zwar hat der Prätor hier nicht etwa bloss mit einigen ergänzenden Zusätzen auf das Edict de postulando zurückverwiesen, sondern einen neuen selbständigen Infamenkatalog aufgestellt. Einen Teil dieses Katalogs enthält fr. Vat. 320[4]):

> Sequuntur haec uerba: ET QUI EAM, QUAM IN POTESTATE HABET, GENERO MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESS*E* SCIRET[5]), IN MATRIMONIUM CONLOCAUERIT EAMUE SCIENS UXOREM DUXERIT[6]), ET QUI EUM, QUEM IN POTESTATE HABERET, EARUM QUAM UXOREM DUCERE PASSUS FUERIT: QUAE*UE* UIRUM PARENTEM LIBEROSUE SUOS, UTI MO*RIS* EST, NON ELUXERIT[7]): QUAE*UE* CUM IN PARENTIS SUI POTESTATE NON ESSET, UIRO MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESSE SCIRET, INTRA ID TEMPUS, QUO ELUGERE UIRUM MORIS EST, NUPSERIT[8]).

Das hier angeführte Fragment zählt unter den Infamen auch Frauen auf[9]), und eben darin liegt der unwiderleglichste Beweis dafür, dass es hieher gehört: denn zur Postulation wie auch — das wird sich unten zeigen — zur Uebernahme der Cognitur waren Frauen, ohne Rücksicht auf Infamie, lediglich um ihres Geschlechtes willen unfähig; unsere Rubrik ist also die einzige, unter die das Fragment passt. Aus den Commentaren beziehen sich Ulp. 8 fr. 23 de his qui not. (3. 2)[10]), Paul. 8 fr. 10 eod. ohne allen Zweifel gerade auf unser Bruchstück.

1) Fr. 15, 17, 19, 23 de his qui not. (3. 2).

2) Fr. 10, 16 eod. Vgl. auch unten S. 74 n. 3.

3) Fr. 18 eod.

4) Dass diese Stelle hieher und nicht zum Edict de postulando gehört, hat zuerst Karlowa, Zschr. f. R. G. IX. S. 220 fgg., und zwar so gründlich gezeigt, dass ich es für überflüssig halte, auf diesen Punkt hier weiter zurückzukommen, als dies im Text geschehen.

5) *Jns.:* intra id tempus quo elugere uirum moris est, antequam uirum elugeret. Cf. fr. 1 de his qui not. (3. 2).

6) *Jns.:* non iussu eius, in cuius potestate est. Cf. fr. 1 de his qui not. (3. 2).

7) Fr. Vat. § 321.

8) Gordian. c. 15 ex quib. caus. inf. (2. 11 [12]).

9) Freilich geleugnet von Wenck (praef. ad Hauboldi opuscula I. p. XXXII sqq.) und Rudorff (Zschr. f. R. G. IV S. 53 fgg.). S. dagegen Karlowa, a. a. O. S. 227 fgg.

10) Im Sinne Ulpians will dies Fragment betonen, dass die Trauerpflicht allein den Frauen obliege: arg. fr. Vat. § 321, fr. 25 de his qui not. (3. 2).

Die Commentare ergeben aber ferner auch noch zwei weitere hieher gehörige Infamiefälle, Ulp. 8 fr. 15 de his qui not. (3. 2):

Notatur quae per calumniam uentris nomine in possessionem missa est . . .

Ulp. 8 fr. 17 eod.:

. . . . sed ea notatur, quae, cum suae potestatis esset, hoc facit.

Hiezu noch Paul. 8 fr. 16 eod., Gai. 3 fr. 18 eod. Sodann Ulp. 8 fr. 19 eod.:

. . . qui calumniae causa passus est filiam, quam in potestate habebat, in possessionem uentris nomine mitti.

Im Uebrigen dürften sehr wahrscheinlich die sämmtlichen sonstigen Infamen des Edicts de postulando hier wieder vorgekommen sein. Ist der Grundgedanke unseres Edicts, wie ich mit Savigny[1]) glaube, der, dass der Infame die Gegenpartei der processualen Vorteile, die sie aus dem schlechten Rufe ihres Gegners zu ziehen vermag[2]), nicht willkürlich berauben dürfe, so ist offenbar keine Veranlassung, hier wesentliche Aenderungen des früher gegebenen Verzeichnisses zu vermuten.

Fraglich möchte schliesslich noch scheinen, ob nicht der Ausschluss der Stellvertretung, auch insofern er aus in der Sache liegenden Gründen stattfindet, in unserm Edict Ausdruck gefunden hat. In der Tat dürfte, was die Commentare in dieser Richtung bezüglich der Popularklagen enthalten[3]), vielleicht an unser Edict angeknüpft worden sein. Da aber die Unzulässigkeit der Stellvertretung bei Popularklagen sich aus deren Natur fast mit Notwendigkeit ergibt, sich also leicht in Praxis und Wissenschaft festgestellt haben kann, auch nirgends auf das Edict zurückgeführt wird[4]), so glaube ich, dass entschieden mehr für die Verneinung der Frage spricht.

§ 26. *QUI NE DENTUR COGNITORES.*

Ulp. 8[5]), Gai. 3[6]).

Fr. Vat. 322 (ict. 323):

Uerba autem edicti haec sunt: Alieno nomine item p*er* alios agendi potestatem non faciam in his causis in quibus ne dent cognitorem neue dentur edictum comprehendit.

Das Edict machte unter den Gründen der Unfähigkeit zur Cogniturübernahme einen Unterschied: gewisse Personenklassen können selbst mit Willen des Processgegners keine Cognitur übernehmen, andere nur dann nicht, wenn der Gegner sie zurückweist.

Zur ersten Kategorie gehören vor Allem die milites[7]), denen die Cogni-

1) System II S. 218 fgg. Andere unhaltbare Auffassungen widerlegt Karlowa, a. a. O. S. 222 fg. Des letztern eigener Ansicht, die Beschränkung sei hervorgegangen aus der allgemeinen „Idee minderer processualischer Rechtsfähigkeit", vermag ich nicht zu folgen.

2) Vgl. Gell. N. A. XIV. 2.

3) Paul. 8 fr. 1, 5 de popul. act. (47. 23), fr. 42 pr. h. t. Vgl. Fr. Vat. 340.

4) Auffallend ist nur, dass in dem fr. Vat. 322 citirten Edict die Rede ist von causis, in quibus, ne dent cognitorem neue dentur, edictum comprehendit. Vgl. jedoch die Erläuterung hiezu in fr. Vat. 323.

5) Fr. 8 § 2 h. t.

6) Fr. 7 de postul. (3. 1)

7) C. 13 h. t.: „ratio perpetui edicti".

tur ja nicht im privaten Interesse der Gegenpartei, sondern aus dringenden Gründen der publica utilitas verschlossen ist[1]).

Ulp. 8 fr. 8 § 2 h. t.:

> Milites autem, nec si uelit aduersarius, *cognitores* [D.: procuratores] dari possunt . . ., excepto eo qui in rem suam[2]) *cognitor* [D.: procurator] datus est uel qui communem causam omnis sui numeri persequatur uel suscipit . . .

dazu Thalel. bei c. 7 h. t. in Basil. VIII, 2, 81 (nach Heimbach):

> . . . . in aliis personis (ἐν μὲν ἄλλοις τισὶ προσώποις) prohibitis praetor addidit eos non inuito aduersario fieri procuratores: sed in milite insuper adiecit eum nec uolente aut permittente aduersario ad alienam litem accedere.

Waren hienach die milites vom Prätor von Amtswegen zurückzuweisen, so folgt, dass, wenn Justinian in § 11 J. de except. (4. 13) als Fälle von exceptiones procuratoriae anführt „ueluti si per militem uel mulierem agere quis uelit", jedenfalls das auf den miles bezügliche Beispiel eigenes Fabrikat Justinians ist: exceptiones cognitoriae und procuratoriae sind nur da möglich, wo die Zurückweisung des Vertreters vom Willen des Gegners abhängt[3]). Die Unfähigkeit des miles konnte übrigens nur vor der litis contestatio gerügt werden: sie war ein impedimentum impediens, nicht dirimens des Prozesses[4]). Offenbar aus guten Gründen: wie hätte man um eines solchen bloss formalen Bedenkens willen den ganzen Prozess zu Nichte werden lassen sollen? Der militärischen Disciplin konnte durch Bestrafung des Schuldigen Genüge geschehen.

Justinian führt in § 11 J. cit. als zweites Beispiel einer exceptio procuratoria mangels Fähigkeit des Vertreters den Fall an, si per mulierem agere quis uelit. In der Tat waren zweifellos auch die Frauen unfähig zur Cognitur, ausser in rem suam, vgl. Paul. sent. I 2 § 2, c. 4, 18 h. t. Allein auch dieses Justinianische Beispiel ist von den Institutionenverfassern fabricirt. Denn da die Ursache der Unfähigkeit der Frauen, ebenso wenig wie die der milites, im Interesse des Gegners gesucht werden darf, vielmehr in den römischen Begriffen von Wohlanständigkeit liegt, in derselben Rücksicht also, der auch das Postulationsverbot für Frauen entsprungen ist, so musste auch die Fernhaltung der Frauen Aufgabe des officium praetoris sein, und dies um so zweifelloser, als sonst das Postulationsverbot von den Frauen, denen ja das postulare für sich selbst nicht untersagt war, durch Uebernahme der Cognitur unter Einwilligung des Gegners hätte umgangen werden können[5]). Die Institutionenverfasser, die in ihrem Vorbild, Gai. IV 124, keine Beispiele für die exceptio cognitoria und procuratoria mangels Fähigkeit des Vertreters vorfanden, suchten die Lücke nach eigenem Ermessen auszufüllen und

1) C. 7, 9 h. t., c. 31 de loc. (4. 65).

2) C. 9 h. t.

3) Mit Obigem ist natürlich durchaus vereinbar, dass das officium praetoris hinsichtlich der Zurückweisung des miles i. d. R. erst durch Einwendungen der Gegenpartei in Bewegung gesetzt wurde. Daher „praescriptio militiae" in c. 13 h. t. Vgl. über den Ausdruck „praescriptio": Bülow, d. L. v. d. Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, S. 96 fgg.

4) Ulp. 8 fr. 8 § 2 h. t., c. 13 h. t.

5) Da der Cognitor dominus litis ist, so ist sein Postuliren kein postulare pro alio mehr. Vgl. auch Karlowa, a. a. O. S. 221.

mussten dabei notwendig auf Abwege geraten[1]): denn der einzige Unfähigkeitsgrund, aus dem solche Exceptionen nach classischem Recht abfliessen konnten, — die Infamie — ist durch § 11 J. cit. selbst bekanntlich beseitigt worden.

Die Infamie[2]): aber auch die Infamie gehört hinsichtlich der Mehrzahl ihrer Fälle in dieselbe Kategorie wie die milites und die Frauen. Soweit ein Infamer zugleich postulationsunfähig war, war gegenüber seinem Versuch als Cognitor aufzutreten, ganz wie bei den Frauen, die Officialtätigkeit des Prätors geboten[3]) und konnte auf das Belieben des Gegners nichts ankommen, vgl. Paul. sent. I 2 § 1:

> Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non posse, etiam uolentibus aduersariis.

Und eben dies bestätigt auch Gai. 3 fr. 7 de postul. (3. 1), eine Stelle, die der Inscription nach jedenfalls der Erörterung unserer Frage angehörte.

> Quos prohibet praetor apud se postulare, omnimodo prohibet, etiamsi aduersarius eos patiatur postulare.

Hienach bleiben, worauf auch das arg. e contr. aus Paul. l. c. führt, als Gebiet der exceptio cognitoria nur diejenigen Fälle der Infamie übrig, die eine Unfähigkeit zum postulare pro alio nicht nach sich zogen, die speciellen Infamiefälle unseres Edicts, deren es ohne Zweifel eine ziemliche Anzahl gewesen sein wird: namentlich dürfte die Verurteilung wegen Calumnia in Civilsachen[4]) und die Verurteilung in jedem iudicium publicum[5]) hier nicht gefehlt haben. In den Fällen aber, wo ausnahmsweise ein sonst postulationsunfähiger Infamer zum Postuliren pro alio zugelassen war, dürfte wohl zweifellos ihm auch die Cognitur nicht verschlossen gewesen sein, weder officio praetoris noch per exceptionem[6]).

Sind mit obigen drei Kategorien — Soldatenstand, weibliches Geschlecht, Infamie — die edictalen Unfähigkeitsgründe erschöpft? Eine ganz zuverlässige Antwort lässt sich hierauf nicht geben. Aber wenn die Unfähigkeit zur Cognitur in rem alienam fast eine notwendige Consequenz der Unfähigkeit zum postulare pro alio ist, so ist es durchaus wahrscheinlich, dass jene Unfähigkeit alle derart Postulationsunfähige, nicht bloss Frauen und Infame, traf. Das Edict mag in einer kurzen Clausel alle Postulationsunfähigen im Umfang ihrer Postulationsunfähigkeit auch unfähig zur Cognitur erklärt haben. Diese Clausel strich Justinian wegen der oben erwähnten Reform hinsichtlich der Infamen, und hier wird auch der Grund liegen, warum in unsern Quellen die Unfähigkeit der Frauen zur Prozessvertretung nirgends auf unmittelbare edictale Bestimmung zurückgeführt wird. Auf eben jene Clausel

1) Dass die Byzantiner Theophilos, Theodoros u. A. hier durchaus den Institutionen gefolgen, ist selbsverständlich.

2) Fr. Vat. 324.

3) Und zwar scheint es nach Paul. sent. I 2 § 3, dass hier auch für die Cognitur in rem suam keine Ausnahme gemacht war: in rem suam cognitor procuratorue ille fieri potest, qui pro omnibus postulat. Das kann sich nur auf die Infamen beziehen: auf die Frage nämlich, ob ein Infamer, der für gewisse Personen postuliren darf, von andern als diesen zum cognitor in rem suam bestellt werden könne.

4) Arg. fr. 15, 19 de his qui not. (3. 2).

5) Fr. 7 de iud. publ. (48. 1).

6) So auch Karlowa, a. a. O. S. 221 n. 28.

könnte dann auch die Cogniturunfähigkeit der Tauben — arg. fr. 43 pr. h. t. — zurückzuführen sein, während die der Stummen — l. c. — auf einer besondern Clausel oder auf Praxis beruhen würde.

§ 27. *DE COGNITORE AD LITEM SUSCIPIENDAM DATO.*

Ulp. 8[1]), Paul. 8[2]), Gai. 3[3]).

Ulp. 8 fr. 8 § 3 h. t.:

> COGNITOREM[4]) AD LITEM SUSCIPIENDAM[5]) DATUM, PRO QUO CONSENTIENTE[6]) DOMINUS IUDICATUM SOLUI EXPOSUIT, praetor ait, IUDICIUM ACCIPERE COGAM.

Vgl. fr. Vat. 340[3], wo, trotz der leider nur sehr fragmentarischen Ueberlieferung des Texts, doch die Beziehung auf unser Edict sicher ist.

§ 28. *DE COGNITORE ABDICANDO UEL MUTANDO.*

Ulp. 9[7]), Paul. 8[8]), Gai. 3[9]).

Fr. Vat. 341[10]):

> . . . . *deinde propositum est edict*um de pluribus speciebus, *quo de iudicio ab alio ad alium transferendo ca*uetur: quod edicto praetor prospicien*dum esse putavit, ut domino praestaret fa*cultatem uel a cognitore *in se ipsum uel ab alio ad alium cognitorem i*udicium transferendi . *ipso enim iure, cum per litis contestationem lis* cognitoris sit effecta *iudiciumque semel constitutum dominus dum*taxat[11]) possit transferre, non *nisi ipsi cognitori translatio conceditur*[12]) . *uerba autem* edicti talia sunt: EI QUI COGNI*TOREM DEDERIT, CAUSA COGNITA PERMITTAM EUM ABDICARE UEL MU*TARE. His verbis non solum *ipsi qui dedit hoc permittitur, sed etiam heredi eius. Abdi*care autem cognitorem . . . .

Ulp. 9 fr. 17 pr. h. t.:

> Post litem . . . . contestatam reus qui *cognitorem* (D.: procuratorem) dedit, mutare quidem eum uel in se litem transferre a uiuo *cognitore* (D.: procuratore) uel in ciuitate manente potest, causa tamen prius cognita.

Die Ausdrucksweise Ulpians in dieser letztern Stelle lässt vermuten, dass in

1) Fr. 8 § 3, fr. 10, 13, 15 h. t.

2) Fr. 11, 14 h. t. Hieher auch fr. 36 eod.: die hier erwähnte „defensio" entbindet den Cognitor von der in fr. 8 § 3 geordneten Pflicht.

3) Fr. 9 h. t., schwerlich aber fr. 12 eod., wozu fr. 43 § 6 h. t. zu vergleichen; über letztere Stelle, die auf den Cognitor zu beziehen, s. Eisele, Cogn. u. Proc. S. 101.

4) D.: procuratorem. Zweifellose und längst erkannte Interpolation: nur für den Cognitor, nicht für den Procurator, leistet der dominus die cautio iudicatum solui. Gai. IV 101, Fr. Vat. 317.

5) Hieher Ulp. 8 fr. 15 § 1 h. t. (wo das duplici cautela interponenda, am Schluss, für interpolirt zu halten ist).

6) Ulp. 8 fr. 15 pr. h. t.

7) Fr. 17, 19, 23, 25, 27 h. t. Zu fr. 27 vgl. S. 72 n. 1.

8) Fr. 16, 20, 22, 24, 26 h. t.

9) Fr. 21, 46 pr. h. t. In fr. 46 haben die Compilatoren eine Anzahl Fragmente aus Gai. 3 bunt zusammengestellt: das pr. gehört zu den Cognitorenedicten, das Folgende zu den Procuratorenedicten.

10) Abweichend reconstruiren Huschke in der iurisprud. auteiust. und Rudorff, E. P. § 29. Der Sinn des Edicts bleibt aber überall der gleiche.

11) Im MS vermute ich DT.

12) Fr. 8 § 3 mand. (17. 1), fr. 4 i. f. de appell. (49. 1), c. 8, 11, 22 h. t.

einer zweiten Clausel die translatio iudicii mortuo[1]) uel capite deminuto cognitore vorgesehen war, und auf diese Mehrheit von Clauseln beziehe ich das „de pluribus speciebus“ im Anfang von fr. Vat. 341.

§ 29. *UT ALIENO NOMINE SINE MANDATU AGERE NON LICEAT.*

Ulp. 9[2]), Paul. 9[3]), Gai. 3[4]).

An die Spitze der von den Procuratoren handelnden Edicte glaube ich dasjenige Edict stellen zu sollen, das dem Beklagten Sicherheit gegen Klagerhebung durch unbevollmächtigte Vertreter gab. Bei Rudorff und den Aeltern findet sich ein solches Edict nicht; dagegen setzt R.[5]) an zweite Stelle eine Clausel, wodurch gewissen nahen Angehörigen das Recht zur Klagerhebung in fremdem Namen ohne Vorlage einer Vollmacht gestattet wird. Dass nun in der Tat für nahe Angehörige ohne Vollmacht geklagt werden durfte, und zwar kraft Edictsbestimmung, ist zweifellos.

Ulp. 9 fr. 35 pr. h. t.:

> Sed et hae personae procuratorum debebunt defendere, quibus siue mandatu agere licet: ut puta liberi, licet sint in potestate, item parentes et fratres et adfines et liberti.

Ulp. 77 fr. 3 § 3 iud. solui (46. 7):

> Sed et si forte ex liberis uel parentibus aliquis interueniat uel uir uxoris nomine, a quibus mandatum non exigitur .....

und gleich darauf mit Bezug auf diese Personen:

> quod enim eis agere permittitur edicto praetoris ...

Vgl. auch Ulp. 9 fr. 40 § 4 h. t.

Insoweit ist also Rudorffs Vermutung gewiss richtig. Es scheint mir aber, dass er sich den Inhalt des Edicts viel zu enge gedacht hat. Die Zulassung unbeauftragter Angehöriger ist eine Ausnahme von der Regel, dass sich der Beklagte die Erhebung der Klage durch einen unbeauftragten Vertreter des Klägers nicht gefallen zu lassen braucht, und die Tatsache, dass dieser Regel entsprechend im Edict eine exceptio procuratoria mangels Vollmacht proponirt war, lässt es fast sicher erscheinen, dass jene Regel selbst ebenfalls im Edict ausgesprochen war. Ich vermute daher ein Edict etwa folgender Form:

> Ei cui mandatum non erit, alieno nomine agendi inuito aduersario potestatem non faciam, nisi pro ....,

und hier wird nun vermutlich der ganze Ausnahmenkatalog des letzten Edicts de postulando — fr. 1 § 11, fr. 3 pr. de post. (3. 1) — angefügt gewesen sein.

1) Cf. c. 7 C. Theod. h. t. (2. 12); vgl. fr. 8 § 1 de fideiuss. et nomin. (27. 7), c. 4 de in lit. iur. (5. 53).

2) Fr. 4 de adm. et per. (26. 7), fr. 5 de postul. (3. 1).

3) Fr. 24 de adm. et per. (26. 7).

4) Fr. 46 § 7, 48 h. t.; fr. 13 de cur. fur. (27. 10); fr. 113 de R. J. (50. 17). Fr. 48 cit. widerspricht fr. 46 cit.: erstere Stelle enthält nicht eigene Meinung des Gaius, sondern Referat über Julians Ansicht. Seine eigene Meinung begründete Gaius durch fr. 113 de R. J. (in toto et pars continetur).

5) Vgl. Zschr. f. R. G. IV S. 74, E. P. § 31.

An Commentaren zu diesem Edict ist freilich nur sehr wenig erhalten. Es erklärt sich dies daraus, dass zur Zeit Justinians das ganze Recht der Legitimation des Klageprocurators von Grund aus verändert war, da seit c. 3 C. Theod. h. t.=consult. uet. iurisc. 3, 13=c. 24 C. Just. h. t. (a. 382) diese Legitimation zu einer ex officio zu prüfenden Prozessvoraussetzung geworden war[1]).

Unter den Ausnahmen unseres Edicts war nach dem Obigen auch die „nisi pro pupillo pupilla furioso furiosa etc.", zu Gunsten der Vormünder, und diese Ausnahme ist direct bezeugt in fr. 3 § 5 iud. solui (46. 7):

> edicto praetoris illi tutori agendi facultas datur, cui a parente maioreue parte *tribunorum* (D.: tutorum) eo[rum]ue, cuius ea iurisdictio fuit, tutela permissa erit. Vgl. fr. 3 pr. de postul. (3. 1).

Hieher rechne ich ferner die Erörterungen bei Ulp. 9 fr. 4 de adm. et peric. (26. 7), fr. 5 de postul. (3. 1), Paul. 9 fr. 24 de adm. et peric. (26. 7), Gai. 3 fr. 13 de curat. fur. (27. 10)[2]).

§ 30. *QUIBUS ALIENO NOMINE, ITEM PER ALIOS AGERE NON LICEAT.*

Ulp. 9[3]), Paul. 9[4]).

Fr. Vat. 322[5]):

> Verba autem edicti haec sunt: ALIENO, inquit, NOMINE ITEM PER ALIOS AGENDI POTESTATEM NON FACIAM IN HIS CAUSIS, IN QUIBUS NE DENT COGNITOREM NEUE DENTUR EDICTUM COMPREHENDIT.

Fr. Vat. 323:

> Quod ait „alieno nomine, item per alios" breviter repetit duo edicta cognitori*a* . . . .

Vgl. auch die Spuren bei Gai. IV 182.

Commentar über dies Edict enthält Paul. 9 fr. 41, 43 pr. § 1 h. t.[6]). Veranlasst durch dies Edict, aber nicht Commentar über dasselbe sind die Erörterungen bei Ulp. 9 fr. 33 pr. § 1. 2, fr. 40 pr.[7]) h. t., fr. 17 de tutor. et curator. (26. 5) cf. fr. 33 § 1 h. t.[8]).

Rudorff (E. P. § 30) nimmt nach seinen Citaten an, dass im Edict das Recht erwachsener Frauen, sich ohne Beitritt des Tutors einen Procurator zu ernennen (fr. Vat. 325—327) ausdrücklich ausgesprochen gewesen sei. Dieses Recht wird aber nirgends auf das Edict zurückgeführt, und es ist weit wahrscheinlicher, dass der Prätor diese Frage, wie die nach dem Umfang der

1) Bülow, Prozesseinreden und Prozessvorauss. S. 75, und jetzt namentlich: Eisele, Cognitur und Procuratur S. 218 fgg.

2) Zu fr. 13 cit. vgl. fr. 3 pr. de postul. (3. 1): „aut ab eo, cuius de ea re iurisdictio fuit, ea tutela curatioue data erit".

3) Ulp. 9 fr. 33 pr. — § 2 h. t.; fr. 40 pr. eod.?; fr. 17 de tutor. et curat. (26. 5).

4) Fr. 41, 43 pr. § 1 h. t.

5) Die Inscription dieser Stelle ist zweifelhaft. Vgl. Mommsen ad h. l.

6) Zu letzterer Stelle vgl. Bülow, a. a. O. S. 42 n. 24.

7) Dies pr. stand bei Ulpian nicht an seiner jetzigen Stelle, daher auch das Versehen der Compilatoren, dass fr. 40 eine neue Inscription hat, obwohl fr. 39 ebenso inscribirt ist.

8) In allen diesen Stellen beachte man die gegen edictale Grundlage sprechende Ausdrucksweise des Juristen: aiunt, uerum est, Pomponius scribit, non dubitamus.

selbständigen Handlungsfähigkeit der Frauen überhaupt, der Wissenschaft überliess; dafür spricht auch das „procuratorem .... posse facere nulli dubium est“ in fr. Vat. 326 i. f.

§ 31. *QUIBUS MUNICIPUM NOMINE AGERE LICEAT.*

Ulp. 9[1]), Paul. 9[2]).

Ulp. 10 fr. 7 quod. cuiusc. uniu. (3. 4):

> Sicut municipum[3]) nomine actionem praetor dedit, ita rel.

Ulp. 9 fr. 3 eod.:

> Nulli permittitur nomine ciuitatis uel curiae experiri nisi ei, cui lex permittit aut lege cessante ordo dedit[4]), cum duae partes adessent aut amplius quam duae[5]).

Existenz und Inhalt des Edicts über die Legitimation zur Klage municipum nomine sind nach Obigem unzweifelhaft; zweifelhaft ist dagegen sein Platz im Album. Jedenfalls stand es vor den Edicten, die bei Ulp. 10 erörtert sind, da bei Ulp. 10 fr. 7 pr. cit. bereits auf dasselbe zurückverwiesen wird, in diesem Buche selbst aber nur mehr von der Klage aduersus municipes die Rede ist (s. § 33). Ob es dagegen bei Ulp. 8 oder 9 behandelt war, darüber kann man zweifeln, da wir ausser den oben citirten Stellen aus Ulp. 9 auch noch zwei Fragmente aus Ulp. 8 besitzen, die es mit der Vertretung der Municipien zur Klage zu tun haben, fr. 2 und 5 quod cuiusc. uniu. (3. 4). Für meine Entscheidung war mir massgebend vor Allem die Parallele des Paulinischen Commentars, wo unser Edict sicher erst in den lib. 9 fällt, sodann der Umstand, dass wir den eigentlichen Inhalt unseres Edicts erst aus Ulp. 9 erfahren, endlich, dass wir bei Ulp. 9 fr. 41 de A. R. D. (41. 1) eine Specialfrage erörtert finden, die wir uns nur an den Ort hin denken können, wo unser Edict ex professo behandelt war, die Frage nämlich über die Geltendmachung der Rechte der ciues an statuae in civitate positae. Von den Fragmenten aus Ulp. 8 kann fr. 2 cit.:

> Si municipes uel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi: hic enim pro re publica uel uniuersitate interuenit, non pro singulis

kann, sage ich, fr. 2 gar wohl gelegentlich der Erörterung des cognitor a pluribus datus geschrieben sein[6]). Und was fr. 5 cit. anlangt, so mag, wenn die Inscription dieser Stelle wirklich richtig und nicht vielmehr Ulp. VIII aus Ulp. VIIII entstanden ist, der dort vorgetragene Satz, dass bei Ernennung eines actor in der Curie patris suffragium filio proderit et filii patri, gelegentlich des andern Satzes geschrieben sein, dass Vater und Sohn sich gegenseitig zu ihren Cognitoren ernennen können; wahrscheinlicher ist mir aber das angedeutete Versehen in der Inscription.

1) Fr. 3 quod cuiuscumque uniu. (3. 4), fr. 41 de A. R. D. (41. 1).

2) Fr. 4, 6 pr. — § 2 eod. (3. 4), fr. 18 de V. S. (50. 16).

3) Paul. 9 fr. 18 de V. S.

4) Prob. Einsidl. 23: D. D.=decreto decurionum?

5) Paul. 9 fr. 4, 6 pr. — § 2 quod cuiusc. uniu. (3. 4). Cf. l. Malacit. c. 68.

6) Vgl. z. B. fr. 42 § 6 de procur. (3. 3).

§ 32. *DE DEFENDENDO EO, CUIUS NOMINE QUIS AGET, ET DE SATISDANDO.*

Ulp. 9[1]), Paul. 9[2]), Gai. 3[3]), Julian. 3[4]).

Ulp. 9 fr. 33 § 3 h. t.:

> Ait praetor: CUIUS NOMINE QUIS[5]) ACTIONEM DARI SIBI POSTULABIT[6]), IS EUM UIRI BONI ARBITRATU DEFENDAT[7]): ET EI *QUOCUM AGET* QUO NOMINE AGET ID RATUM HABERE EUM AD QUEM EA RES PERTINET, BONI UIRI ARBITRATU SATISDET[8]).

Vgl. Gai. IV 98, Paul. sent. I in consult. uet. iurec. III 6—9, Fr. Vat. 335. 336². 337.

Unter das „cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit" fielen nach den Worten des Edicts auch die in Vertretung ihrer Mündel klagend auftretenden Tutoren und Curatoren, Gai. IV 99:

> Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisdare de*b*ere uerba edicti faciunt.

Die spätere Praxis aber entband sie von der Cautionspflicht: in diesen Zusammenhang gehören Ulp. 9 fr. 2, 23 de adm. et peric. (26. 7), fr. 9 ratam rem haberi (46. 8). Fr. 2 pr. cit. enthält die Begründung dieser Praxis: sie liegt in den nach Erlassung des Edicts veränderten Grundsätzen über die actio iudicati.

§ 33. *QUOD ADUERSUS MUNICIPES AGATUR.*

Ulp. 10[9]), Gai. 3[10]).

Ulp. 10 fr. 7 pr. quod cuiusc. uniu. (3. 4):

> Sicut municipum nomine actionem praetor dedit, ita et aduersus eos iustissime edicendum putauit . . . .

Von Ansprüchen wider die municipes handelt mit Bezug auf dies Edict, ausser im Fortgang des fr. 7 pr. cit., Ulp. 10 noch in fr. 27 de R. C. (12. 1), fr. 4 quod iussu (15. 4), fr. 4 de ui (43. 16), zum deutlichen Beweis, dass das Edict über die actio aduersus municipes durchaus getrennt war von dem früher betrachteten über die actio nomine municipum.

Auch über den Inhalt unseres Edicts sind wir hinlänglich unterrichtet. Ulp. 10 in fr. 15, 17 pr. de V. S. erörtert nämlich den Begriff „bona

1) Fr. 33 § 3—ult., fr. 35, 37, 39, 40 h. t. (3. 3); fr. 9 de iudic. (5. 1) cf. fr. 35 § 2 h. t.; fr. 2, 23 de adm. et peric. (26. 7), fr. 9 rat. rem hab. (46. 8). Fr. 35 § 1 h. t. scheint anderswoher interpolirt. Ueber fr. 40 pr. h. t. s. S. 79 n. 7.

2) Fr. 43 § 2—ult., fr. 45 h. t. Fr. 45 § 1 scheint verstümmelt.

3) Fr. 34, 46 § 1—3 h. t.; fr. 12 cf. fr. 43 i. f. h. t.

4) Cit. fr. 35 § 3 h. t.; fr. 75 eod.

5) Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 421, und Rudorff, E. P. § 32, schieben hinter quis die Worte praeter cognitorem ein. Dem Sinne nach richtig, der Form nach jedenfalls steif: überdies aber überflüssig, da der Cognitor hier längst abgetan war, eine Verwechselung daher nicht zu besorgen stand. S. auch Eisele, Cognitur und Proc. S. 95 n. 63.

6) Ulp. 9 fr 33 § 4. 5, fr. 35 pr. § 2 h. t., Gai. 3 fr. 34, 46 § 1 eod., Paul. 9 fr. 43 § 2. 3 eod.

7) Ulp. 9 fr. 35 § 3, fr. 37, 39 pr. h. t., Paul. 9 fr. 43 § 4. 6, fr. 45 pr. h. t. Ueber fr. 43 § 6 s. Eisele, a. a. O. S. 101.

8) Ulp. 9 fr. 39 § 1—7, fr. 40 § 1—ult. h. t., Paul. 9 fr. 45 § 2 eod.

9) Fr. 7 pr. quod cuiusc. uniu. (3. 4), fr. 27 de R. C. (12. 1), fr. 4 quod iussu (15. 4), fr. 4 de ui (43. 16), fr. 15, 17 de V. S. (50. 16).

10) Fr. 16 de V. S. (50. 16).

publica", und obwohl Ulpian in fr. 15 cit. die Bezeichnung der Gemeindegüter als bona publica abusiv nennt, da diese Bezeichnung nur dem Vermögen des populus Romanus zukomme, so erhellt gleichwohl aus fr. 17 pr., dass es gerade die publica ciuitatium bona waren, deren Erwähnung seine Erörterung veranlasste. Nun wissen wir aus Gai. 3 fr. 1 § 2 quod cuiusc. uniu. (3. 4), was in dem nächstfolgenden wider die übrigen uniuersitates gerichteten Edict (s. § 34) stand:

> Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit, possideri et, si admoniti non excitentur ad sui defensionem, uenire se iussurum proconsul ait.

Dass der gleiche Grundsatz auch für die Gemeinden galt, versteht sich von selbst und ist überdies in fr. 8 eod. direct bezeugt. Hienach ist denn sofort klar, dass die „bona publica" in unserm Edict dieselbe Stelle einnahmen, wie in dem obigen das „quod eorum commune erit": sie sind das Zugriffsobject der Gemeindegläubiger.

Zur Defension der ciuitates war aber nicht Jedermann, sondern waren nur ihre gesetzmässigen Vertreter befugt[1]).

§ 34. QUOD CUIUSCUMQUE UNIUERSITATIS NOMINE UEL CONTRA EAM AGATUR[2]).

Ulp. 10[3]), Paul. 9[4]), Gai. 3[5]).

Die obige Rubrik ist keineswegs, wie Rudorff (E. P. vor § 34) annimmt, die Generalrubrik für alle auf die Vertretung sowohl der Gemeinden wie der sonstigen Corporationen bezüglichen Edicte; unter der quaecumque uniuersitas sind vielmehr nur diese letztern zu verstehen, während von der Vertretung der Gemeinden unter andern Rubriken die Rede war[6]).

Ich unterscheide in unserm Edict drei Bestandteile. Zunächst scheint der Prätor edicirt zu haben, dass zur Erhebung von Klagen Namens der uniuersitates[7]) deren statutenmässige Vertreter (actor, syndicus) zugelassen werden sollten[8]). Zweitens scheint er ausdrücklich nicht nur diesen, sondern jedwedem extraneus die Defension der uniuersitas gestattet zu haben, Gai. 3 fr. 1 § 3 h. t.:

> et si extraneus defendere uelit uniuersitatem, permittit proconsul, sicut in priuatorum defensionibus obseruatur.

1) Arg. fr. 8 quod cuiusc. uniu. (3. 4), fr. 1 § 3 eod. Fr. 8 cit.: ciuitates, si per eos qui res earum administrant non defenduntur nec quicquam est corporale rei publicae quod possideatur, per actiones debitorum ciuitatis agentibus satisfieri oportet. Vgl. § 34.

2) D. (3. 4).

3) Fr. 7 § 1. 2 h. t., fr. 17 § 1 de V. S. (50. 16).

4) Fr. 6 § 3 h. t.

5) Fr. 1 h. t., fr. 16 de V. S. (50. 16).

6) In allen Commentaren sind die auf die „uniuersitates" bezüglichen Edicte von den auf die municipes bezüglichen streng geschieden. Vgl. Ulp. 10 fr. 7 § 1. 2 mit fr. 7 pr. h. t.; Paul. 9 fr. 6 § 3 mit fr. 6 pr. § 1. 2 h. t. (besonders fr. 6 § 3 i. f. mit fr. 6 pr.); Gai. 3 fr. 1 h. t., wo nur von den uniuersitates die Rede ist und dabei überall auf das exemplum rei publicae verwiesen wird. S. endlich auch fr. 2 h. t.: „municipes uel aliqua uniuersitas" . . . . „pro re publica uel uniuersitate".

7) Arg. Gai. 3 fr. 1 § 1 h. t., Paul. 9 fr. 6 § 3 eod. Letztere Stelle enthält nicht Edictsinhalt, sondern Interpretation mit Rücksicht auf das in § 32 behandelte Edict und die spätere Praxis. Vgl. dazu fr. Vat. 335 und fr. 9 ratam. rem (46. 8).

8) Die Commentare nehmen besondere Rücksicht auf die publicani: Gai. 3 fr. 1 pr. h. t., fr. 16 de V. S., Ulp. 10 fr. 17 § 1 de V. S.



Dies desshalb, weil für die ciuitates der gleiche Grundsatz nicht galt[1]). Endlich folgte das von Gai. 3 fr. 1 § 2 h. t. referirte Edict:

> Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit, possideri et, si admoniti non excitentur ad sui defensionem, uenire se iussurum proconsul ait.

§ 35. DE NEGOTIIS GESTIS[2]).

Ulp. 10[3]), Paul. 9[4]), Gai. 3[5]), Julian. 3[6]).

Ulp. 10 fr. 3 pr. h. t.:

> Ait praetor: SI QUIS[7]) NEGOTIA[8]) ALTERIUS[9]), SIUE QUIS NEGOTIA, QUAE CUIUSQUE CUM IS MORITUR FUERINT, GESSERIT[10]), IUDICIUM EO NOMINE DABO[11]).

Der Commentar Ulpians zu diesem Edict umfasst (vgl. n. 7—11) fr. 3 § 1—7 h. t. Hierauf folgen zunächst in fr. 3 § 8. 9 zwei von den Compilatoren anderswoher entnommene und hier nur eingeschobene Sätze[12]). Hierauf beginnt mit fr. 3 § 10 der Commentar zu den Formeln[13]).

Die Formeln waren in ius concipirt und bonae fidei.

Gai. fr. 5 pr. de O. et A. (44. 7):

> . . . proditae sunt actiones . . . negotiorum gestorum, quibus . . . inuicem experiri possunt de eo quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet.

Paul. 29 fr. 17 § 3 commod. (13. 6):

> . . . actionesque ciuiles: ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoauit . . .

Vgl. ferner Ulp. 76 fr. 1 § 4 quar. rer. (44. 5), Gai. IV. 62, Paul. sent. I. 4

1) Fr. 8 h. t., s. § 33 a. E.

2) D. (3. 5), C. (2. 18 [19]). Die Fragmente des Digestentitels zähle ich nach Mommsen.

3) Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 19 h. t., fr. 1 de relig. (11. 7), fr. 37 de usur. (22. 1), fr. 5 de eo qui pro tutore (27. 5).

4) Fr. 6, 12, 14, 17, 20 h. t., fr. 40 mandat. (17. 1), fr. 41 ad l. Falc. (35. 2) — gestio negotiorum hereditariorum! —, wahrscheinlich auch fr. 114 de R. J. (50. 17), wofür aber vielerlei Beziehungen denkbar sind.

5) Fr. 2, 21 h. t., fr. 5 de interrog. (11. 1) cf. fr. 18, 20 pr. eod.

6) Fr. 29 h. t., cit. fr. 5 § 2, 7 § 3 h. t.

7) Ulp. 10 fr. 3 § 1 h. t.

8) Ulp. 10 fr. 3 § 2 h. t.

9) Ulp. 10 fr. 3 § 3. 5 h. t. Fr. 3 § 4 ist zwischen fr. 3 § 3 u. 5 offenbar nicht an seinem Platze. Wahrscheinlich handelt es sich um ein Einschiebsel, das die Compilatoren, da pupillus und furiosus im Recht sonst sehr oft neben einander figuriren, ohne viel Besinnen an das Wort furiosus in § 5 anknüpften. Cuiac. obs. XIII 7 emendirt „pupilli“ statt pupillus.

10) Ulp. 10 fr. 3 § 6 h. t.

11) Ulp. 10 fr. 3 § 7 h. t.

12) Unmöglich kann Ulpian zwischen der Bemerkung über die Vererblichkeit der actio (fr. 3 § 7) und dem allgemeinen Satze des fr. 3 § 10 die beiden ganz speciellen Entscheidungen in fr. 3 § 8. 9 gegeben haben. Wohl aber ist es denkbar und sogar wahrscheinlich, dass die Compilatoren durch den Inhalt des § 10 (sponte — necessitate) veranlasst wurden, jene beiden an anderm Ort getanen Aeusserungen Ulpians gerade hier einzuschieben.

13) Irrig nimmt Wlassak, z. Gesch. der N. G. (1879) S. 1. 13 fg., an, die römischen Juristen hätten die Entwickelung des Rechts der N. G. an die Worte des Edicts angeknüpft. Wenn Ulpian, nachdem er in fr. 3 § 2 sqq. die Worte negotia alterius bereits erörtert hat, von fr. 3 § 10 ab von Neuem und weit ausführlicher die Frage erörtert, wann man sagen könne, dass Jemand negotia eines Andern gerirt habe, so ist klar, dass diese neue Erörterung an die Formel anknüpft.

§ 3, § 28 J. de act. (4. 6), fr. 6, 37 h. t., fr. 38 pr. pro socio (17. 2), fr. 37 de usur. (22. 1), c. 3 de transact. (2. 4), c. 13 de usur. (4. 32).

Die Bestandteile der Formeln lassen sich in Ulpians Commentar deutlich verfolgen. Der Jurist beginnt mit der demonstratio

Quod A^s A^s N^i N^i (N^s N^s A^i A^i) negotia gessit.

Da diese für beide Seiten der actio — die directa und contraria — gleichlautend ist, so zieht bei Untersuchung der Frage, wann die demonstratio zutreffe (quis hac actione teneatur), Ulpian die directa und contraria neben einander in Betracht[1]). Im Einzelnen wird zunächst festgestellt, dass, da die demonstratio lediglich auf die Tatsache des „negotia alicuius gessisse" gestellt ist, es für die Zuständigkeit der actio gleichgiltig ist, ob der gestor sponte oder necessitate urguente oder necessitatis suspicione eingetreten, speciell ob auf Grund wirklichen oder vorausgesetzten Mandats eines Dritten, ferner auch, ob ein Irrtum über die Person des dominus negotiorum vorlag oder nicht — fr. 3 § 10. 11, fr. 5 pr. § 1 h. t. Nun folgen Untersuchungen darüber, ob und inwiefern dennoch die bei der Geschäftsführung obwaltende Absicht des Gestor in Betracht komme — fr. 5 § 2—13 —, Untersuchungen, deren Beziehung zu dem „quod L. Titius negotia Sei gessit" auf der Hand liegt, überdies aber auch mehrfach in den Worten des Commentars klar hervortritt[2]). Weiter sagt die demonstratio: "quod . . . . gessit". Fragt sich also, ob Jemand auch propter ea quae non gessit in Anspruch genommen werden könne: darüber handeln fr. 5 § 14, fr. 7 pr. Auf die demonstratio folgt die intentio. Diese musste den Juristen zu einer doppelten Darlegung veranlassen: einmal nämlich zur Erörterung der Bedingungen, unter denen, das Zutreffen der demonstratio vorausgesetzt, aus der N. G. ein oportere für den einen oder andern Teil hervorgeht, — dahin gehört z. B. der Satz, dass Verbot der Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn jeden Anspruch des Geschäftsführers ausschliesst, ferner die Lehre vom negotium utiliter gestum —; sodann zur Feststellung des Inhalts der beiderseitigen Ansprüche (quid ueniat in hanc actionem). Es ist klar, dass bei diesen Untersuchungen die bisher gemeinsame Behandlung der actio directa und contraria einer getrennten Platz machen musste. Genau dies ist das Bild, das uns der Fortlauf des Commentars bietet. Allerdings ist von der Untersuchung über die actio directa nichts übrig geblieben, als einzig fr. 7 § 1, eine Stelle, die sich, beim Mangel alles Zusammenhangs mit dem Vorhergehenden, seltsam genug mit einem „item" einleitet und durch dies übel angebrachte Wort die durch die Tätigkeit der Compilatoren geschaffene Lücke anzeigt. Dagegen ist uns in fr. 7 § 2. 3, fr. 9 h. t., fr. 37 de usur. (22. 1) das von der contraria handelnde Bruchstück grossenteils erhalten, und zwar sind hier gerade die oben berührten Punkte besprochen. Dass aber vorher ebenso ausführlich von der actio directa die Rede war, zeigt überaus deutlich auch der Beginn dieses letztern Bruchstücks: das ganz abrupte „si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice",

1) Die directa z. B. in fr. 3 § 10, fr. 5 § 4. 11. 14, die contraria in fr. 3 § 11, fr. 5 § 1— § 3, beide in fr. 5 § 5. 6. 7 h. t.

2) S. namentlich fr. 5 § 4 („quia meum negotium gessit"), § 5 i. A, § 11 („quia nullum negotium tuum gestum est" . . . . „sic ratihabitio constituet tuum negotium"), § 12 i. f., § 13 i. f.



womit fr. 7 § 2 anfängt, — vorher ist in den auf uns gekommenen Fragmenten von dergleichen nirgends die Rede — muss jedem aufmerksamen Leser des Commentars als befremdlich auffallen.

Das Edict betrifft neben dem Fall der gestio negotiorum uiui noch den weitern der gestio negotiorum hereditariorum. Für diesen war auch eine besondere Formel proponirt: Ulpian behandelt diese im nächsten erhaltenen Fragment — fr. 11 h. t.[1]) —, und hierher gehört auch fr. 1 de relig. (11. 7).

Den Schluss des Commentars bilden Betrachtungen über besondere Formelgestaltungen: actio n. g. de peculio und de in rem uerso, actio utilis im Fall der gestio negotiorum captiui: fr. 13, 19 h. t.

Wenn ich im Obigen Ulpians Commentar bis ins Detail nachgegangen bin, so geschah das nicht ohne Grund. Bekanntlich ist in neuester Zeit von Wlassak[2]) die Ansicht aufgestellt worden, die Formel der actio n. g. sei ursprünglich nicht in ius, sondern in factum concipirt gewesen. Es kam mir darauf an, an dem Ulpianschen Commentar, der dem Edictsinhalt Wort für Wort folgt, darzutun, dass in das Hadrianische Edict diese formula in factum concepta jedenfalls nicht übergegangen ist[3]), und dies ist mit richtigem Blick auch von Wlassak selbst erkannt worden. Hiedurch wird mir aber auch jene angebliche ältere Formel überaus zweifelhaft, da die völlige Aufgabe einer einmal in das tralaticische Edict übergegangenen Formel in keinem zweiten Falle bezeugt ist und in der Tat sehr schwere Bedenken gegen sich hatte[4]). Wlassaks einziger und wirklich gewichtiger Beweisgrund für seine Annahme ist die Existenz des in fr. 3 pr. h. t. überlieferten Edicts. Verheissung einer actio ciuilis durch Edict sei in den Quellen beispiellos: dies Edict zwinge also zur Annahme eines ältern Stadiums der Klage, in welchem sie noch in factum concipirt gewesen sei. Indessen ist jene Erscheinung doch nicht ganz beispiellos: wir werden ihr unten beim iudicium de operis begegnen. Richtig ist nur, dass sie anomal ist und daher, wo sie vorkommt, der Erklärung bedarf. Diese Erklärung liegt für unser Edict m. E. in der, wenn ich so sagen darf, eminent monitorischen Tendenz, in der der Prätor die a° n. g. proponirte: der Prätor wollte hier nicht bloss, wie sonst, ein Verhältniss, das er vorfand, unter Rechtsschutz stellen, sondern er verfolgte die bewusste Absicht, durch seinen Rechtsschutz dies Verhältniss künftighin häufiger als bisher zu machen, die Absicht, den indefensi Verteidiger zu erwecken[5]),

1) Im pr. dieser Stelle hält Krüger (bei Mommsen) die Worte „cuius fuerunt negotia" für Justinianischen Zusatz. Erwägt man aber, dass Ulpian den Fall der gestio negotiorum captiui weiter unten behandelt — cf. fr. 19 h. t. —, so wird man eher die folgenden Worte „qui apud hostes decessit" als Interpolation zu betrachten geneigt sein. Die Compilatoren schoben dieselben ein, um den Ulpian gegenüber fr. 3 § 6 hier etwas Neues sagen zu lassen.

2) Z. Gesch. d. N. G. (1879) S. 21 fg.

3) Dass die Compilatoren den von der directa actio handelnden Abschnitt grösstenteils gestrichen haben, kann selbstverständlich nicht als Gegenbeweis gelten; es liegt auf der Hand, wie gewagt es wäre, aus diesem einen Umstand weitgehende Schlüsse ziehen zu wollen. War doch Ulpians Commentar nicht das einzige von ihnen excerpirte Buch! Entscheidend ist mir, dass nach dem ganzen oben nachgewiesenen Bau des Commentars in jener Lücke nur die intentio in ius concepta der actio directa behandelt gewesen sein kann.

4) Vgl. Lenel, Urspr. u. Wirkg. d. Exc. (1876) S. 58.

5) Vgl. fr. 1 h. t.

und darum fand er es zweckmässig, ausser der in der Proposition der Formel liegenden stillschweigenden Verheissung „iudicium dabo" die gleiche Verheissung noch ausdrücklich in Edictsform auszusprechen.

Die Reconstruction der Formeln bietet bei der Reichhaltigkeit des vorliegenden Materials keine Schwierigkeit.

1. *Quod N^s N^s (A^s A^s) negotia A^i A^i (N^i N^i) gessit*[1], *q. d. r. a., quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o*[2]) *dare*[3]) *facere praestare* (?)[4]) *oportet ex fide bona, eius, iudex, N^m N^m A^o A^o*[5]) *c. s. n. p. a.*
2. *Quod N^s N^s (A^s A^s) negotia quae Titii, cum is moreretur*[6]), *fuerunt, gessit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o rel.*

Eine Specialisirung des geführten Geschäfts in der Formel trat, so weit wir sehen können, nicht ein. Es erklärt sich dies daraus, dass der Fall, den der Prätor bei Proposition der Formel allein im Auge hatte, der der Prozessvertretung (negotium=lis)[7]) war.

Tit. IX.

§ 36—38. DE CALUMNIATORIBUS[8]).

Ulp. 10[9]), Paul. 10[10]), Gai. 4[11]).

Ulp. 10 fr. 1 pr. h. t.:

> In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret uel non faceret, pecuniam accepisse[12]) dicetur, intra annum in quadruplum eius pecuniae quam accepisse dicetur, post annum[13]) simpli in factum actio competit[14]).

Ohne Zweifel ist Obiges wortgetreu dem Edict nachgeschrieben[15]). Von der Formel ist uns nichts überliefert, als dass die actio in quadruplum die exceptio „si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit" enthielt[16]), was sich, da die Zeitfrist auch im Edict genannt ist, ohnedies hätte erraten lassen. Bei dieser Dürftigkeit des Materials wird es vorsichtig sein, auf die Reconstruction zu verzichten. —

1) Utilis: quod L. Titius mandatu N^i N^i gessit. Fr. 20 § 3 h. t.

2) Coniuncta: alterum alteri. Fr. 5 pr. de O. et A. (44. 7).

3) Fr. 1 § 4 quar. rer. (44. 5).

4) Fr. 5 pr. de O. et A. (44. 7), cf. Gai. III 155. Rudorff (E. P. § 36) hat „dare facere repromittere", ohne Beleg.

5) Coniuncta: alterum alteri.

6) Fr. 3 pr., 11 pr., 20 § 1, 21 h. t., fr. 1 de relig. (11. 7). Utilis: „cum is apud hostes esset", fr. 18 § 5 — fr. 20 pr. h. t.

7) Vgl. Wlassak, a. a. O. S. 57 n. 31.

8) D. (3. 6), C. (9. 46).

9) Fr. 1, 3, 5 h. t., fr. 6, 21 de minor. (4. 4), fr. 10 de iudic. (5. 1), fr. 16 de iureiur. (12. 2), fr. 5, 7 de obsequiis (37. 15), fr. 17 de re iud. (42. 1).

10) Fr. 2, 7 h. t., fr. 8 de obseq. (37. 15), fr. 115 de R. J. (50. 17).

11) Fr. 4, 6 h. t.

12) Ulp. 10 fr. 1 § 2. 4, fr. 3 pr.—§ 2 h. t., Paul. 10 fr. 2 h. t., fr. 115 de R. J.

13) Gai. 4 fr. 6 h. t.

14) Ulp. 10 fr. 3 § 3, fr. 5 pr. h. t., Paul. 10 fr. 7 pr. § 1 eod., Gai. 4 fr. 4 eod.

15) Insbesondere war der Fall „si quis depectus esse dicetur" im Edict nicht erwähnt (a. M. Ranchinus, Westenberg, Heineccius). Das „depectum esse" ist ein Fall des „pecuniam accepisse, ut negotium non faceret", cf. c. 2. de abolit. (9. 42); fr. 3 § 2 h. t. ist Commentar zu letztern Edictsworten.

16) Gai. 4 fr. 6 h. t.

War das obige Edict das einzige des Titels de calumniatoribus? Dies scheinen alle bisherigen Bearbeiter des Titels anzunehmen; es ist aber das Gegenteil gewiss. Nirgends anders als hieher sind die Edicte über das bekannte iudicium calumniae decimae partis des classischen Rechts und über den Calumnieneid[1]) zu setzen. Das liesse sich schon nach der Titelrubrik und ebenso auch nach der Tatsache vermuten, dass diesem Titel bei Paulus ein ganzes Buch gewidmet ist (lib. 10), worin doch unmöglich einzig das obige Edict behandelt gewesen sein kann. Es wird zur Gewissheit, wenn man erwägt, dass in den uns erhaltenen Commentaren zu dem letztern gerade die Grundbegriffe der ganzen Lehre — calumnia und negotium — nicht ex professo erläutert sind, Begriffe, von denen gewiss Niemand behaupten wird, dass sie der Erläuterung nicht bedürftig seien[2]). Sie waren ohne Zweifel im Commentar zu einem andern vorausgehenden Edict erörtert. Wir sind aber gar nicht auf blosse Schlüsse angewiesen, sondern wir haben positive Spuren weiterer Edicte de calumnia.

Ulp. 10 fr. 10 de iudic. (5. 1)[3]):

> Destitisse uidetur non qui distulit, sed qui liti renuntiauit in totum: desistere enim est de negotio abstinere, quod calumniandi animo instituerat. plane si quis cognita rei ueritate suum negotium deseruerit nolens in lite improba perseuerare, quam calumniae causa non instituerat, is destitisse non uidetur.

Die bisherigen Bearbeiter schweigen teils über diese Stelle, teils begnügen sie sich damit, entweder (Heineccius, Weyhe) um ihretwillen in das erhaltene Edict des fr. 1 pr. h. t. neben das ut negotium non faceret noch ein uel a lite improba desisteret zu setzen oder aber (Rudorff) fr. 10 einfach als Commentar zu den Edictsworten ut negotium non faceret zu behandeln. Beide Ansichten sind handgreiflich unmöglich. Nach dem Edict des fr. 1 pr. h. t. kommt es nur darauf an, dass Jemand pecuniam accepit, ut . . . . faceret uel non faceret; ob er nachher wirklich fecit oder non fecit, ist für die Zuständigkeit der Strafklage völlig gleichgiltig[4]). In fr. 10 cit. wird aber gerade der Begriff des „destitisse“ als relevant erörtert[5]). Ferner wird in fr. 10 cit. dem desistere als dem Aufgeben eines calumnios angefangenen Rechtsstreits entgegengestellt die Aufgabe eines in gutem Glauben begonnenen und nachher erst als ungerecht erkannten: was für eine Bedeutung soll dieser Gegensatz haben, wenn die Auffassungen von Heineccius, Weyhe, Rudorff richtig wären? etwa den, dass es für die Strafklage des fr. 1 pr. h. t. einen Unterschied mache, ob derjenige, der sich für den Verzicht auf den Prozess bezahlen liess, von Anfang an die Ungerechtigkeit seiner Sache kannte oder sich deren erst nachträglich bewusst wurde? Das wird doch wohl schwerlich Jemand im Ernste behaupten wollen. Die wahrscheinliche Beziehung des

1) Das Edict de iureiurando propter calumniam dando setzt Rudorff (ohne Beleg) als § 54 hinter den Titel de satisdando.

2) Wie enge speciell der Begriff des negotium, und wie notwendig also seine Definition war, ergibt die Bemerkung des Paulus in fr. 7 § 2 h. t., bei der ihrer Stellung am Schluss des Commentars nach an eine utilis actio gedacht werden muss.

3) = fr. 21 de minor. (4. 4).

4) Fr. 3 § 1 h. t.

5) Man beachte besonders die Verbindung „destitisse uidetur . . .: desistere enim est“ und am Schluss das „is destitisse non uidetur“.

destitisse ergibt sich sofort, wenn man annimmt, dass unter dem Titel de calumniatoribus auch vom iudicium decimae partis die Rede war. Von diesem berichtet uns Gai. IV. 174—76. 178. 179[1]):

> Actoris quoque calumni*a* coercetur modo calumniae iudicio modo contrario modo iureiurando modo restipulatione. et quidem calumniae iudicium aduersus omnes actiones locum habet, et est decimae partis . . . . aduersus adsertorem tertiae partis est. liberum est autem ei cum quo agitur aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere non calumniae causa agere . . . . calumniae iudicio decimae partis nemo damn*a*tur nisi qui intellegit non recte se agere . . . . Utique autem ex quibus causis contrario iudicio ag*i* potest, etiam calumniae iudicium locum habet: sed alterutro *tantum* iudicio agere permittitur[2]).

Diese Nachrichten werden ergänzt durch Theophil. ad J. IV. 16 § 1, durch den wir erfahren, dass die Condemnation im calumniae iudicium vorgängiges Unterliegen des Calumnianten im Hauptprozess voraussetzte[3]); dies war eine praktisch durchaus gebotene Bestimmung, da eine Verquickung der beiden Prozesse zu unerträglichen Unzukömmlichkeiten hätte führen müssen. Betrachten wir nun aber die Gesammtheit dieser Grundsätze, so bemerken wir gegenüber den entsprechenden Vorschriften des Strafprozessrechts eine Lücke. Wie nämlich, wenn der calumniose Kläger vor dem Urteil den Prozess aufgab? Sollte er ruhig haben abwarten dürfen, wie sich der Rechtsstreit vor dem Judex entwickeln werde, um sich dann noch im letzten Moment nach Willkür der gerechten Strafe der Calumnia entziehen zu können? Im Strafprozess trifft ein solches destitisse die strenge Strafe der tergiuersatio, und merkwürdig genug wird dort dies destitisse von Paulus[4]) fast mit den gleichen Worten definirt wie in fr. 10 cit. von Ulpian. Ich zweifle nicht, dass auch das iudicium calumniae dies destitisse vorsah, und eben darauf wird sich fr. 10 cit. bezogen haben. Es ist wohl nur ein Nachklang des alten Rechts, wenn Justinian in Nov. 112 c. 2 pr. dem Kläger Bürgschaftsleistung dafür aufgibt: „quod et usque ad finem litis permaneat et suas intentiones . . . . . exerceat et, si postea fuerit approbatus iniuste litem mouisse, sumtuum et expensarum nomine decimam partem eius quantitatis, quae in libello continetur, pulsato restituat“.

Ist Obiges richtig, so geht aus fr. 10 cit. hervor, dass in demjenigen Stück der Formel des iudicium calumniae, wo das destitisse als zur Condemnation ausreichend bezeichnet war, des Erfordernisses, dass der Prozess calumnios begonnen worden sein müsse, keine besondere Erwähnung geschah: nur unter dieser Voraussetzung wird die an sich ja nicht richtige Behauptung des Juristen, desistere sei nur das Aufgeben eines calumniosen Prozesses, verständlich: desistere im Sinn der Formel ist gemeint. Im Uebrigen enthalte

1) Vgl. dazu noch § 1 J. de poena tem. lit. (4. 16), Theophil. in h. l., consult. uet. iurec. 6, 13 (im C. Hermog. ed. Haenel p. 70), Cic. pro Cluentio c. 59 § 163, Gell. XIV 2 § 8. S. auch Nov. 112 c. 2 pr.

2) Restitution gegen die getroffene Wahl? Ulp. 10 fr. 6 de minor. (4. 4).

3) V. εἶτα ἡττήθην.

4) Fr. 13 pr. ad SC Turp. (48. 16).

ich mich mangels aller positiven Nachrichten der Reconstructionsversuche und muss es namentlich auch dahingestellt sein lassen, ob das iudicium calumniae an die Hauptformel (das s. n. p. a.) nur einfach angehängt, oder ob eine besondere selbständige Formel dafür erteilt wurde.

Fr. 10 cit. ist nicht der einzige Beweis für die Annahme, dass in unserm Titel das iudicium calumniae proponirt gewesen. Die Strafklage in quadruplum ist gegen gewisse Respectspersonen unzulässig; Ulp. 10 handelt davon in fr. 5 pr. de obsequiis (37. 15):

> Parens, patronus patrona, liberiue aut parentes patroni patronae neque si ob negotium faciendum uel non faciendum pecuniam accepisse dicerentur, in factum actione tenentur.

Neque si: auch dann nicht. Also muss es noch eine andere ebenfalls Ulp. 10 behandelte Klage gegeben haben, die ebenfalls gegen die Respectspersonen nicht erhoben werden konnte, und das kann nur das iudicium decimae partis gewesen sein. Vermutlich stand am Schlusse des ganzen Titels eine Clausel etwa folgenden Inhalts:

> Aduersus parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae has actiones non dabo[1]). —

Vom Calumnieneid handelt Gai. IV 172. 176:

> Quodsi neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur *i*niungatur, permittit praetor ius*i*urandum exigere non calumniae caus*a* infitias ire.
>
> liberum est autem ei cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere non calumniae causa agere.

Hierauf könnte sich Ulp. 10 fr. 16 de iureiur. (12. 2) bezogen haben; doch ist dies nicht sicher, cf. Ulp. 10 fr. 7 § 3 de obs. (37. 15).

Unter den wider die calumnia actoris gerichteten Rechtsmitteln figuriren nach Gai. IV 174 sqq. auch noch das contrarium iudicium und die restipulatio. Beide sind aber nur ex certis causis zulässig und waren daher wohl nicht in diesem allgemeinen Titel, sondern gelegentlich der certae causae verheissen[2]).

1) Zu dieser Clausel ziehe ich ausser fr. 5 de obs. noch Ulp. 10 fr. 7 eod., fr. 17 de re iud. (42. 1), Paul. 10 fr. 8 de obs. (47. 15). Ulpian stellte hier alle verwandten Ehrenvorzüge der Respectspersonen zusammen: vgl. fr. 7 § 4 i. f. de obs. (37. 15). Auch die rätselhafte Stelle Gai. 4 fr. 26 rer. amot. (25. 2) „rerum amotarum actio condictio est" gehört vielleicht hieher: gegen den Patron ist zwar die actio furti als famosa ausgeschlossen, nicht aber die actio rerum amotarum, fr. 16 de iureiur. (12. 2). Wahrscheinlicher ist mir aber hier eine andere Beziehung. Vgl. § 115.

2) A. M. anscheinend Rudorff, E P. § 54.

Tit. X.

DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS[1]).

Ulp. 11—13, Paul. 11. 12, Gai. 4, Julian. 4, Callistr. 1. 2.

§ 39. QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT[2]).

Ulp. 11[3]), Paul. 11[4]), Gai. 4[5]), Julian. 4[6]).

Unter diese Rubrik gehören, wie an sich zu vermuten, überdies aber aus Ulpians Commentar deutlich zu ersehen, drei Stücke: das allgemeine Edict des fr. 1 pr. h. t., das spezielle Edict über die actio in quadruplum, die proponirte Formel. Aus der teilweisen Identität dieser drei Stücke erklärt es sich, wenn Ulpian hier auf denselben Punkt wiederholt zurückkommt, z. B. dreimal auf die Bedeutung der unpersönlichen Fassung.

1.

Ulp. 11 fr. 1 h. t.:

Ait praetor: QUOD METUS CAUSA[7]) GESTUM ERIT, RATUM NON HABEBO[8]).

Vgl. Paul. 11 fr. 21 § 1 h. t.

Aus Ulp. 11 gehört hieher: fr. 1, 3, 5, 7, 9 pr. — § 6 h. t., fr. 5 de ui (43, 16) cf. fr. 9 pr. i. f. h. t., fr. 19 de V. S. cf. fr. 9 § 2 h. t., fr. 116 pr. § 1 (?) de R. J.[9])

Aus Paul. 11: fr. 4, 8, 21 pr. § 1. 5. 6 h. t.

Aus Gai. 4: fr. 6 h. t.

Im Einzelnen erläutert Ulpian den Begriff metus in fr. 1, 3, 5, 7, 9 pr., metus causa gestum in fr. 9 § 1. 2, ratum non habebo in fr. 9 § 3—6.

Eine Formel war zu obigem Edict nicht proponirt[10]). Der Prätor behielt sich die Art seines Eingreifens im Einzelfall vor. Rudorff[11]) freilich proponirt hier folgende formula rescissoria:

Si uis metusue causa factum non esset, ut A[s] A[s] fundum, q. d. a., N° N° mancipio daret, tum si paret rel.

Das „si uis metusue causa factum non esset“ bedarf keiner Widerlegung[12]). Da es sich um eine i. i. r. handelt, dürfte der Prätor i. d. R. das Vorhandensein

1) D. (4. 1). Ulp. 11 fr. 1 de i. i. r. (4. 1): utilitas huius tituli.

2) D. (4. 2), C (2. 19 [20]).

3) Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 12, 14, 16, 20 h. t., fr. 5 de ui (43. 16), fr. 19 de V. S. (50. 16), fr. 116 pr. § 1 (?) de R. J. (50. 17).

4) Fr. 4, 8, 15, 21 h. t.; fr. 5 de alien. (4. 7)? fr. 117 de R. J. (50. 17)?

5) Fr. 6, 10, 19 h. t., fr. 22 de V. S. (50. 16).

6) Cit. fr. 9 § 5. 7, fr. 11 h. t. In fr. 9 § 5 falsch III statt IIII.

7) Aeltere Fassung: ui metusue causa. Cf. Seneca, controu. IV. 26. Cic. ad Quint. fr. I 1, 7 § 21.

8) Cf. c. 7, 8 h. t., c. 13 de transact. (2. 4); vgl. Dio Cass. 45, 22 i. f.

9) Zu § 1 cf. fr. 23 pr. h. t.?

10) Vgl. mit fr. 9 § 4 h. t. das „licet .... existimemus“ in fr. 9 § 6, woraus hervorgeht, dass fr. 9 § 4 blosse Interpretation enthält. Vgl. auch c. 3 h. t. v. „placuit“.

11) E. P. § 38.

12) Rudorffs Judex hätte nach dem Wortlaut dieser Fiction nicht etwa die stattgehabte Mancipation, sondern die stattgefundene Gewalt und Drohung ignoriren müssen.

des Restitutionsgrunds selbst festgestellt und dann die Formel einfach auf „Si A^s A^s fundum N° N° mancipio non dedisset“ gestellt haben. Ueberliess er aber, was m. E. ebenfalls vorkommen konnte, auch die Untersuchung über den metus dem Judex, dann wäre an eine Formel etwa derart zu denken: si quem fundum A^s A^s N° N° metus causa mancipio dedit, eum is mancipio non dedisset, tum si rel.

2[1]).

Das Edict über die actio in quadruplum fing sehr wahrscheinlich mit den Worten an:

Quod metus causa factum est.

Ulp. 11 fr. 9 § 8 h. t. cf. fr. 22 § 1 de pign. act. (13. 7).

Seinen weitern Inhalt meldet Ulp. 11 fr. 14 § 1 h. t.:

Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur .... post annum uero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.

Gai. 4 fr. 19 h. t.:

... in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum peruenerit ....

Cf. c. 4 h. t.

Ulp. 11 zeigt bei fr. 9 § 7 h. t. energisch den neuen Abschnitt an

Ex hoc edicto restitutio talis facienda est [id est in integrum][2]) officio iudicis, ut ...,

und sofort wird auch die condemnatio in quadruplum erwähnt. Das nisi restituat oder neque restituetur des Edicts ist es, was der Jurist sodann in fr. 9 § 7. 8, fr. 12, 14 pr. nach allen Richtungen erläutert, während in fr. 14 § 1. 2 das in quadruplum iudicium dabo etc. interpretirt wird. Aus Paul. 11 beziehen sich auf unser Edict oder die Formel: fr. 15, fr. 21 § 2—4 h. t., sodann[3]) fr. 5 de alien. (4. 7), fr. 117 de R. J. (50. 17), aus Gai. 4: fr. 10, 19 h. t., fr. 22 de V. S. (50. 16).

Bemerkenswert ist — denn es zeigt sich darin die Trennung des Edict- und Formelcommentars —, dass in fr. 14 § 2 bereits von der activen Vererblichkeit der Klage die Rede ist, worauf Ulpian am Schlusse des Formelcommentars in fr. 16 § 2 zurückkommt.

3.

Die Formel lässt sich im Anschluss an Ulpians Commentar im Ganzen sicher folgender Massen reconstruiren:

S. p. metus causa[4]) *A^m A^m fundum q. d. a. N° N° (Lucio Titio)*

1) Aller Wahrscheinlickeit nach ist das Edict über die actio in quadruplum zurückzuführen auf dasjenige des Octauius, wovon Cicero (in Verr. II 3 c. 65 § 152, ad Quint. fr. I 1, 7 § 21) meldet. Die formula Octauiana war nach Cicero abgestellt auf „quod per uim aut metum abstulisset“. Sie hat dieselben Wandlungen durchgemacht, wie das erste Edict, und auch das persönliche abstulisse hat einer unpersönlichen Fassung Platz machen müssen. Das Vorkommen des Worts in c. 1 h. t., c. 23 de R. V. (3. 32) ist sicher rein zufällig.

2) Glossem.

3) Ad v. „in heredem“.

4) Daher der Name actio metus causa: fr. 12 § 2, 14 § 15, 21 § 6 h. t.

mancipio dedisse[1]) NEQUE EA RES ARBITRIO *tuo* RESTITUETUR[2]) *neque plus quam annus est cum experiundi potestas fuit*[3]), *quanti ea res erit, tantae pecuniae quadruplum*[4]), *iudex*[5]), *N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

Gegen den Erben des Urhebers des metus ging die actio in simplum mit Beschränkung auf quod ad eum peruenit, cf. fr. 16 § 2 — fr. 20 h. t. Dass die Arbitrarclausel hier wegblieb — so **Rudorff**, E. P. § 38 i. f. —, ist nicht bezeugt, — dass sie ohne Schaden hier entbehrt werden konnte, aber richtig.

§ 40. DE DOLO MALO[6]).

Ulp. 11[7]), Paul. 11[8]), Gai. 4[9]), Julian. 4[10]), Fur. Anth. 1[11]).

Ulp. 11 fr. 1 § 1 h. t.:

Verba autem edicti talia sunt: QUAE DOLO MALO[12]) FACTA ESSE DICENTUR, SI DE HIS REBUS ALIA ACTIO NON ERIT[13]) ET IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR[14]), *INTRA ANNUM*[15]) IUDICIUM DABO.

Gai. 4 fr. 26 h. t.:

In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum peruenerit[16]) . . . .

1) Ulp. 11 fr. 14 § 3 h. t. Das Paradigma ist natürlich unsicher. Ueberflüssig und unpassend ist **Rudorffs** Umschreibung „s. p. metus causa factum esse, ut . . .“ Das ist der actio de dolo nachgebildet, ohne auf die Redeweise der Quellen zu achten, vgl. fr. 38 § 6 de usur. (22. 1), fr. 9 § 3. 5. 7 h. t. u. sonst oft. Metus ist Beweggrund, dolus nur beweggrunderzeugend. „Metum in causa fuisse, ut . .“ kommt vor, fr. 14 § 3 h. t., ist aber nur Umschreibung, nicht Copie der Formel.

2) Wörtlich erhalten in fr. 14 § 11 h. t., nur dass die Compilatoren für „tuo“ gesetzt haben: iudicis, und dass sie das Obige für uerba edicti statt formulae erklären. Commentar hiezu enthält: Ulp. 11 fr. 14 § 4—6. 8 h. t. Fr. 14 § 7 ist wohl nur durch Abschreiberversehen vor § 8 geraten.

3) C. 4 h. t.

4) Ulp. 11 fr. 9 § 7. 9—11 h. t. Den Schluss des Commentars bilden ergänzende Betrachtungen: über concurrirende Klagen, Solidarhaft Mehrerer, über den Fall si serui metum adhibuerint, über die Vererbung der Klage, vgl. fr. 14 § 12. 13 . . ., fr. 14 § 14. 15, fr. 16 pr. . . . ., fr. 16 § 1 . . . ., fr. 16 § 2, 20 h. t.

5) Recuperatores: Cic. in Verr. II 3 c. 65.

6) D. (4. 3), C. (2. 20 [21]).

7) Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 21, 24, 30 h. t., fr. 36 de pign. act. (13. 7), fr. 42 mand. (17. 1), fr. 50 de C. E. (18. 1), fr. 32 de A. E. V. (19. 1), fr. 70 de V. O. (45. 1), fr. 116 § 2 de R. J.

8) Fr. 2, 4, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 25, 27, 29 h. t., fr. 7 de R. V. (6. 1), fr. 6 de obs. (37. 15).

9) Fr. 6, 8, 23, 26, 28 h. t.

10) Cit. fr. 7 pr. h. t.

11) Fr. ult. h. t.

12) Ulp. 11 fr. 1 § 2. 3 h. t. **Rudorff**, E. P. § 39, fügt hinzu „fraudisue causa“, wegen Prob. 5, 5 D. M. F. V. C. = dolo malo fraudisue causa. Allein weder steht es fest, dass jene Worte dem Edict de dolo entnommen sind, noch beweist Probus für das Hadrianische Edict.

13) Ulp. 11 fr. 1 § 4—ult., fr. 3, 5, 7, 9 pr.—§ 4 h. t., fr. 36 de pign. act. (13. 7), fr. 42 mand. (17. 1), fr. 50 de C. E. (18. 1), fr. 32 de A. E. V. (19. 1), fr. 70 de V. O. (45. 1), fr. 116 § 2 de R. J. (50. 17) cf. fr. 7 pr. h. t. (v.: aut nullam esse ueditionem). Paul. 11 fr. 2, 4, 18 § 2—5, fr. 20, 22, 25 h. t., fr. 7 de R. V. (6. 1). Gai. 4 fr. 6, 8, 23 h. t. Vgl. auch c. 2 h. t.

14) Ulp. 11 fr. 9 § 5, fr. 11, 13, 15 pr.—§ 2 h. t. Paul. 11 fr. 10, 12, 14 h. t., fr. 6 de obs. (37. 15) cf. fr. 11 § 1 h. t.

15) Von den Compilatoren gestrichen wegen c. 8 h. t.

16) Rudorff l. c. setzt wegen Paul. 11 fr. 27 h. t. hinzu „doloue malo eius factum est quo minus perueniret“. Allein der Umstand, dass die Compilatoren für diese Worte einen andern Juristen heranziehen als denjenigen, der unmittelbar vorher den Inhalt des Edicts referirt hat, macht mir die Edictmässigkeit dieser Worte verdächtig; gegen dieselbe spricht auch die Analogie des Edicts über die actio metus causa.

An die Erörterung des Edicts schloss sich bei Ulpian sofort die der Formel[1]). Dies zeigt der Fortgang des Commentars in fr. 15 § 3 h. t.:

In hac actione designari oportet, cuius dolo malo factum sit, quamuis in metu non sit necesse.

Leider ist von diesem Teil des Commentars nur wenig erhalten; doch können wir uns gleichwohl unter Zuhilfenahme des Paulus ein genaues Bild der Formel verschaffen.

Paul. 11 fr. 16 h. t.:

Item exigit praetor, ut comprehendatur, quid dolo malo factum sit....

Paul. 11 fr. 18 pr. h. t.:

Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur[2]) et, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est.

Offenbar muss hienach die Formel der der actio metus causa ziemlich genau entsprochen und etwa so gelautet haben:

S. p. dolo malo[3]) *Ni Ni factum esse, ut*[4]) *As As No No* (*Lucio Titio*) *fundum q. d. a. mancipio daret, neque ea res arbitrio tuo restituetur neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit*[5]), *quanti ea res erit, tantam pecuniam*[6]), *iudex, Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.*

Die actio aduersus heredem endlich ist erörtert bei Ulp. 11 fr. 17 § 1, fr. 30 h. t., Paul. 11 fr. 27, 29 h. t., Gai. 4 fr. 26, 28 h. t. Hier war hinter quanti ea res erit einzufügen: quod ad eum peruenit. Im Album war sie wahrscheinlich nicht proponirt[7]).

§ 41. DE MINORIBUS UIGINTI QUINQUE ANNIS[8]).

Ulp. 11[9]), Paul. 11[10]), Gai. 4[11]), Julian. 4[12]), Callistr. 1[13]).

Ulp. 11 fr. 1 § 1 h. t.:

Praetor edicit: QUOD CUM MINORE QUAM UIGINTI QUINQUE ANNIS NATU[14]) GESTUM ESSE DICETUR[15]), UTI QUAEQUE RES ERIT[16]), ANIMADUERTAM[17]).

1) Im Hadrianischen Edict stand gewiss nur eine Formel, wie man auch das bestrittene „nondum Aquilius protulerat de dolo malo formulas“ bei Cic. de off. III 14 § 60 verstehen mag.

2) Vgl. hiezu und zu fr. 18 § 1: Lenel, Beitr. z. K. d. prätor. Edicts (1878) S. 88.

3) In factum, ut bonae fidei mentio fiat: fr. 11 § 1, 28 i. f. h. t., fr. 58 de R. N. (23. 2), cf. Cic. ad. Attic. VI, 1 § 15. Der Schluss von fr. 58 cit. ist übrigens auf Grund der oratio Antonini et Commodi — fr. 16 de sponsal. (23. 1) — geschrieben.

4) Fr. 18 § 4 h. t.: dolo cuius effectum est, ut...

5) C. 8 h. t. cf. c. 4 de his quae ui (2. 19).

6) Post annum in id quod locupletior est: Gai. 4 fr. 28 i. f. h. t.

7) Arg. fr. 28, 29 h. t. Die Juristen behandeln hier die Frage nach der Dauer der actio als eine von der Wissenschaft zu entscheidende; das hätten sie nicht gekonnt, wenn die Formel unter Weglassung der exceptio annalis im Album stand; damit hätte der Prätor die Frage entschieden gehabt.

8) D. (4. 4), C. (2. 21 [22]). Cf. fr. 57 § 1 de A. u. O. H. (29. 2).

9) Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 16, 18, 20, 22 h. t., fr. 12 de A. u. O. H. (29. 2), fr. 6 de usurp. (41. 3), fr. 25 de fideiuss. (46. 1), fr. 8 de muner. (50. 4).

10) Fr. 10, 14, 23, 26 h. t.

11) Fr. 12, 15, 25, 27 h. t.

12) Cit. fr. 11 § 7 h. t.

13) Fr. 45 h. t., fr. 41 de recept. (4. 8).

14) Ulp. 11 fr. 1 § 2 sq., fr. 3, 5 h. t., fr. 6 de usurp. (41. 3) cf. fr. 3 § 3 h. t., fr. 8 de muner. (50. 4) cf. fr. 1 i. f. h. t.

15) Ulp. 11 fr. 7, 9, 11 pr. — § 2 h. t.

16) Ulp. 11 fr. 11 § 3 — ult., fr. 13, 16 pr. — § 4 h. t., fr. 12 de A. u. O. H. (29. 2), fr. 25 de fideiuss. (46. 1) cf. fr. 13 pr. h. t.

17) An dieses Wort mag sich der Rest des Ulpianischen Commentars angeschlossen haben, kann aber auch als vom Edictswortlaut unabhängige Schlusserörterung aufgefasst werden.

In diesem Edict fehlt jede Angabe über die Restitutionsfrist. Wahrscheinlich, dass dieselbe bei Ulpian vorhanden war, von den Compilatoren aber wegen der bekannten Veränderung der Restitutionsfrist gestrichen worden ist. Jedenfalls kann Rudorffs (E. P. § 40) Einschiebung „intra annum quo primum experiundi potestas erit" in keiner Weise gebilligt werden, da der annus bekanntlich erst a maiore aetate gerechnet wird.

Eine formula rescissoria, so sicher sie häufig erteilt wurde[1]), war nicht proponirt[2]). Ihre Formulirung würde keine Schwierigkeit bieten.

Die Restitutionsberechtigung der Erben des minor war im Edict vorgesehen, aber nicht an diesem Ort (vgl. § 47)[3]).

§ 42. DE CAPITE MINUTIS[4]).

Ulp. 12[5]), Paul. 11[6]), Gai. 4[7]).

Ulp. 12 fr. 2 § 1 h. t.:

> Ait praetor: QUI QUAEUE, POSTEA QUAM[8]) QUID CUM HIS ACTUM CONTRACTUMUE[9]) SIT, CAPITE DEMINUTI DEMINUTAE[10]) ESSE DICENTUR, IN EOS EASUE PERINDE, QUASI ID FACTUM NON SIT, IUDICIUM DABO[11]).

Gai. III. 84:

> . . . . . in eum eamue utilis actio datur rescissa capitis deminutione, et si aduersus hanc actionem non defendantur, quae bona[12]) eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, uniuersa uendere creditoribus praetor permittit[13]).

Cf. Gai. IV. 38, § 3 J. de adquis. per adrog. (3. 10).

Es sind Zweifel darüber möglich, ob die von Gaius hier angeführte Edictsbestimmung an diesem Orte stand. Rudorff[14]) trennt sie von dem restitutorischen Edict, und zwar stellt er die Clausel über den Defensionszwang in den Zusammenhang der Klagen aus Contracten und Delicten gewaltunterworfener Personen, die über die missio in bona zu den übrigen

1) Ulp. 11 fr. 13 § 1 h. t., Gai. 4 fr. 27 § 2. 3 h. t.

2) Paul. fr. 24 i. f. h. t.

3) Anders Rudorff, E. P. § 40.

4) D. (4. 5).

5) Fr. 2 h. t., fr. 11 de iudic. (5. 1), fr. 42 de pec. (15. 1), fr. 15 qui test. (28. 1), fr. 1 quib. ex caus. in poss. (42. 4), fr. 20 de V. S. (50, 16).

6) Fr. 3, 5, 7, 9 h. t., fr. 42 de A. R. D. (41. 1), fr. 40 de O. et A. (44.7), fr. 21 de V. S. (50. 16) cf. fr. 7 i. f. h. t.

7) Fr. 1, 8 h. t., fr. 26 de act. rer. amot. (25. 2) s. § 115.

8) Ulp. 12 fr. 2 § 2 h. t.

9) Gegensatz: 1. Delicte: Ulp. 12 fr. 2 § 3 h. t., Paul. 11 fr. 7 § 1 h. t.; 2. Testament: Ulp. 12 fr. 20 de V. S. (50. 16), fr. 15 qui test. (28. 1); 3. hereditariae actiones: Gai. III 84, Paul. 11 fr. 40 de O. et A. (44. 7).

10) Ulp. 12 fr. 2 pr. h. t.: Pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salua ciuitate contingunt. Cf. Gai. 4 fr. 1 h. t. Woher der anscheinend zu allgemeine Ausdruck? Vielleicht daher, dass das Edict dem Prätor, qui inter ciues ius dicit, seinen Ursprung dankt, woraus sich die Beschränkung der Tragweite von selbst ergab. Andere Erklärung bei Cohn, Beitr. z. Kde. d. r. Rts. (1880), H. II S. 387 fgg.

11) Ulp. 12 fr. 2 § 4. 5 h. t. Zu fr. 2 § 4: Ulp. 12 fr. 11 de iudic. (5. 1). Actio de peculio? Ulp. 12 fr. 42 de pec. (15. 1).

12) Paul. 11 fr. 42 de A. R. D. (41. 1): substitutio, quae nondum competit, extra bona nostra est.

13) Ulp. 12 fr. 1 quib. ex caus. in poss. (42. 4): Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei seruandae causa . . . . .

14) E. P. § 41[4].

Missionen[1]). Ersteres ist zweifellos ein Fehlgriff: es handelt sich ja hier um die Klage aus dem Contract eines Gewaltfreien, der nur nachträglich in fremde potestas gekommen ist. Allein auch letzteres kann nicht gebilligt werden. Der ganze Kern unseres Edicts liegt in dem Defensionszwang und der Androhung der Mission. Es ist schlechtweg nicht denkbar, dass der Prätor die rescissorische Klage wider den capite minutus sollte verheissen haben, ohne gleichzeitig in demselben Edict die weitern Normen zu proponiren, die, so lange der capite minutus in der fremden potestas ist, allein den materiellen Erfolg jener Klage gewährleisten[2]). Die Vorausnahme dieser missio ist auch sicher nicht auffallender als die derjenigen in bona eius qui uindicem dedit (s. S. 57), und ein unterstützendes Moment ist es jedenfalls, dass wir bei Paul. 11 und Ulp. 12 je eine Stelle finden (s. S. 94 n. 12. 13), die kaum anders als auf unsere missio gedeutet werden kann, während diese Commentare im Gebiete der von den Missionen überhaupt handelnden Bücher keine auch nur möglicher Weise hiehergehörende Stelle enthalten[3]).

Man kann fragen, warum der Prätor die actio wider den minutus und nicht direct wider den Gewalthaber, ähnlich der actio de peculio, verheissen habe. Die Antwort scheint mir sehr einfach. Der minutus konnte später wieder gewaltfrei werden und eigenes Vermögen gewinnen. Die Möglichkeit, sei es durante, sei es soluta potestate wider ihn selbst ein Urteil zu erlangen, war daher für den Gläubiger von entschiedenstem Interesse, und der Prätor hatte keinerlei Ursache, im Widerspruch hiemit den minutus seiner Schuldnerqualität zu entkleiden und die Haftung ganz und gar auf den Gewalthaber zu überwälzen[4]).

Die ficticische Formel ist nach Gai. IV. 38 im Wesentlichen sicher herzustellen:

Si Ns Ns capite deminutus non esset, tum si Nm Nm Ao Ao . . . . . dare oporteret, iudex, Nm Nm Ao Ao . . . . c. s. n. p. a.

Nur darüber kann man zweifeln, ob die Fiction nicht vielleicht individualisirt, z. B. auf „si Ns Ns a. L. Titio adrogatus non esset“ abgestellt wurde[5]); wahrscheinlich ist dies indess nach der Ausdrucksweise des Edicts und des Gaius nicht. Natürlich bedurfte es der Fiction nur bei formulae in ius conceptae, von denen bei Gai. IV. 38 auch allein die Rede ist.

Der Fall der capitis deminutio media und maxima war im Edict nicht vorgesehen; die Praxis gewährte hier eine utilis actio in eos, ad quos bona eorum peruenerunt[6]). Die Formel derselben ist nicht mit Sicherheit herzustellen. An eine Formel mit der Servianischen Fiction „si heres esset“ wird schwerlich gedacht werden dürfen; einem Lebenden, dazu einem Nichtbürger, einen heres zu fingiren, ging kaum an[7]). Das Wahrscheinlichste ist mir mit Huschke eine Rutiliana (Gai. IV. 35) rescissa capitis deminutione[8]).

1) Cf. E. P. §§ 107. 206.

2) Richtig: Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 567 n. 51.

3) Eine solche enthält nur der des Gaius — Gai. 23 fr. 7 de reb. auct. iud. (42.5) ict. Gai. III 84 —; dies Fragment lässt aber auch andere Beziehungen zu und kann überdies gar wohl einer recapitulirenden Darstellung angehören.

4) Anders Cohn, a. a. O. S. 315.

5) So Rudorff, E. P. § 41.

6) Ulp. 12 fr. 2 pr. h. t., Paul. 11 fr. 7 § 2 h. t.

7) Vgl. Huschke, Nexum S. 159 Anm. 229.

8) A. M. Karlowa, Beiträge S. 138 n. 49 und Cohn, a. a. O. S. 313. Karlowa's Argument, nur die minima k. d. könne durch i. i. r. rescindirt werden, ist durch fr. 2 pr. und fr. 7 § 3 h. t., in welch letzterer Stelle der Ton auf aduersus eum etc. liegt, nicht bewiesen.

§ 43. EX QUIBUS CAUSIS MAIORES UIGINTI QUINQUE ANNIS IN INTEGRUM RESTITUUNTUR[1]).

Ulp. 12[2]), Paul. 12[3]), Gai. 4[4]), Julian. 4[5]), Callistr. 2[6]).

Ulp. 12 fr. 1 § 1 h. t.:

Verba autem edicti talia sunt: SI CUIUS QUID DE BONIS, CUM IS METUS[7]) AUT SINE DOLO MALO REI PUBLICAE CAUSA[8]) ABESSET INUE UINCULIS[9]) SERUITUTE[10]) HOSTIUMQUE POTESTATE[11]) ESSET[12]), POSTEAUE[13]) *NON UTENDO DEMINUTUM ESSE*[14]) SIUE CUIUS ACTIONIS EORUM CUI DIES EXISSE DICETUR: [15])ITEM SI QUIS QUID USU SUUM FECISSET[16]) AUT QUOD NON UTENDO AMISSUM SIT[17]) CONSECUTUS ACTIONEUE QUA SOLUTUS OB ID, QUOD DIES EIUS EXIERIT, CUM ABSENS NON DEFENDERETUR[18]) INUE UINCULIS ESSET[19]) SECUMUE AGENDI POTESTATEM NON FACERET[20]) AUT CUM EUM INUITUM IN IUS UOCARI NON LICERET[21]) NEQUE DEFENDERETUR[22]) CUMUE MAGISTRATUS DE EA RE APPELLATUS ESSET[23]), SIUE CUI PER MAGISTRATUS[24]) SINE DOLO IPSIUS ACTIO EXEMPTA ESSE DICETUR[25]):

EARUM RERUM ACTIONEM[26]) INTRA ANNUM, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT[27]):

ITEM SI QUA ALIA MIHI IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR[28]),

IN INTEGRUM RESTITUAM[29]):

QUOD EIUS PER LEGES PLEBIS SCITA SENATUS CONSULTA EDICTA DECRETA PRINCIPUM LICEBIT[30]).

1) D. (4. 6), C. (2. 53 [54]).

2) Fr. 1, 3, 5, 7, 10, 12, 15, 17, 21, 23, 26, 28 h. t. Fr. 1 pro derel. (41. 7), fr. 118 de R. J. (50. 17).

3) Fr. 6, 13, 16, 18, 22, 24, 27, 30 h. t., fr. 8 de usurp. (41. 3), fr. 6 qui satisd. (2. 8). Vgl. Paul. lib. 3 breu. fr. 8 h. t.

4) Fr. 25 h. t., fr. 9 de usurp. (41. 3).

5) Cit. fr. 17 pr. § 1, fr. 26 § 7 h. t., fr. 25 § 17 de h. p. (5. 3).

6) Fr. 2, 4, 9, 11, 14 h. t.

7) Callistr. 2 fr. 2 § 1 h. t., Ulp. 12 fr. 3 h. t.

8) Callistr. 2 fr. 4 h. t., Ulp. 12 fr. 5, 7 h. t., Paul. 12 fr. 6 h. t., lib. 3 breu. fr. 8 h. t., Prob. Einsidl. 68: R. P. C. S. D. M. = re*i* publicae causa se d*o*l*o* malo.

9) Callistr. 2 fr. 9 h. t., Ulp. 12 fr. 10 h. t.

10) Callistr. 2 fr. 11 h. t., Ulp. 12 fr. 12 h. t., Paul. 12 fr. 13 h. t.

11) Callistr. 2 fr. 11 h. t., Ulp. 12 fr. 15 pr. § 1 h. t.

12) Ulp. 12 fr. 15 § 2 h. t.

13) Fehlt in fr. 1 § 1 h. t., s. aber Ulp. 12 fr. 15 § 3 h. t., Paul. 12 fr. 16 h. t.

14) Fehlt in fr. 1 § 1 h. t., s. aber Basil. X, 35, 1: „ἐὰν μειωθῇ τὰ πράγματα τῇ ἀχρησίᾳ," und hiezu Ulp. 12 fr. 17 h. t., Paul. 12 fr. 18 h. t., c. 2 de restit. mil. (2. 50 [51]). Auch Ulp. 12 fr. 23 § 2 h. t. dürfte ursprünglich hieher gehört haben. Zu Ulp. 12 fr. 17 pr. h. t. ist Julian. 4 cit. fr. 25 § 17 de H. P. (5. 3) zu ziehen. Zu „non utendo" gehört Ulp. 12 fr. 1 pro derel. (41. 7).

15) Ulp. 12 fr. 21 pr. § 1 h. t., Paul. 12 fr. 22 § 1. 2 h. t.

16) Ulp. 12 fr. 21 § 2 h. t., Gai. 4 fr. 9 de usurp. (41. 3).

17) *Flor.* in fr. 1 § 1 h. t.: amisit. S. aber fr. 21 pr. h. t.

18) Ulp. 12 fr. 21 § 2. 3 h. t., Paul. 12 fr. 22 pr. h. t., fr. 6 qui sat. cog. (2.8) cf. fr. 21 i. f. h. t.

19) Ulp. 12 fr. 23 pr. § 1—3 h. t. (vgl. n. 14). Warum fügt der Prätor hier nicht hinzu „seruitute"? Hieher: Ulp. 12 fr. 118 de R. J. (50. 17), Paul. 12 fr. 8 de usurp. (41. 3). S. auch Cuiac. obs. XXII, 17.

20) Ulp. 12 fr. 23 § 4, fr. 26 pr. § 1 h. t., Paul. 12 fr. 24 h. t., Gai. 4 fr. 25 h. t.

21) Ulp. 12 fr. 26 § 2 h. t.

22) Ulp. 12 fr. 26 § 3 h. t.

23) Savigny, System VII S. 182.

24) *Flor.* in fr. 1 § 1 h. t. sinnlos pro magistratu. S. aber Ulp. 12 fr. 26 § 4 h. t. Vielleicht ursprünglich per magistratus proue magistratu.

25) Ulp. 12 fr. 26 § 4—8 h. t.

26) Cf. Ulp. 12 fr. 28 § 5 h. t.

27) Ulp. 12 fr. 28 § 3. 4 h. t.

28) Ulp. 12 fr. 26 § 9, fr. 28 pr. § 1 h. t., Paul. 12 fr. 27 h. t.

29) Vgl. Terent. Phorm. II 4, 10—12. Prob. Einsidl. 69: V. I. I. = u*i*debitur in integrum.

30) Ulp. 12 fr. 28 § 2 h. t.

Auf Grund obigen Edicts ward eine im Album proponirte[1]) formula rescissoria erteilt, zu der Ulp. 12 fr. 28 § 5. 6 h. t. und wohl auch Paul. 12 fr. 30 h. t. als Commentar gehört. Ueber den Bau derselben sind wir durch § 5 J. de act. (4. 6) unterrichtet: sie beruhte auf der Fiction, dass die Usucapion, wogegen der Prätor restituiren wollte, nicht stattgefunden habe. Wir wissen ferner auch, dass der Restitutionsgrund in der Formel nicht vorkam, da hierüber der Prätor selbst cognoscirte[2]). Die genauere Fassung der Fiction ist aber streitig. Rudorff (E. P. § 42) schlägt vor: Si Ns Ns hominem q. d. a. anno non possedisset. Das ist sicher falsch. So guten Sinn in der formula Publiciana das „si anno possedisset" hat, so wenig ist abzusehen, warum in unserer Formel gerade ein jähriger Besitz wegfingirt werden sollte: die Vollendung der Usucapion setzt jährigen Besitz voraus, die Nichtvollendung aber keineswegs jährigen Nichtbesitz. Näher scheint eine Construction zu liegen, wonach der Besitz des Beklagten nur auf die Dauer des Hinderungsgrundes, z. B. der Abwesenheit des Klägers, wegfingirt worden wäre, also z. B.: „si Ns Ns hominem q. d. a. inter Kal. Mart. et Kal. Jul. non possedisset" oder „si is homo q. d. a. inter Kal. Mart. et Kal. Jul. usucaptus non esset." Letztere Fassung schlägt Keller[3]) (neben einer andern) vor. Allein auch diese Fictionen haben schwere Bedenken gegen sich. Eine solche Specialisirung der Fiction hätte nämlich Sinn nur unter der Voraussetzung, dass der Prätor dem Judex die Möglichkeit belassen wollte, zu beurteilen, ob nicht der ausserhalb der abgegrenzten Zeit stattgefundene Besitz zur Vollendung der Usucapion hinreiche. Allein, ganz abgesehen von der Frage, ob die so gefassten Fictionen diesen Zweck auch wirklich zu erreichen geschickt sind: jene Beurteilung war nach den Quellen gar nicht Sache des Judex. Nach den Quellen entscheidet der Prätor nicht bloss über die Frage, welche Zeit hinwegzufingiren ist, sondern auch über die weitere, wie viel Zeit dem Restituirten zurückzugewähren ist, Ulp. 12 fr. 26 § 7. 8 h. t.:

> Julianus libro quarto digestorum .... ait ..., rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies restituantur, quibus actor agere uoluit et interuentu feriarum impeditus est. Quotiens per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit, ut puta rem tuam possedi uno minus die statuto in usucapionibus tempore, deinde rei publicae causa abesse coepi, restitutio aduersus me unius diei facienda est.

1) Fr. 28 § 5 h. t.: exemplo rescissoriae actionis. Vgl. c. 5 h. t., c. 18 de postlim. (8. 50 [51]).

2) Paul. 12 fr. 16 h. t. A. M. Dernburg, in den Festgaben f. Heffter (1873) S. 121 fgg., desshalb weil der Prätor Restitution verheissen habe, wenn ein Verlust in Folge Abwesenheit, Gefangenschaft u. s. w. auch nur behauptet werde (si dicetur). Dernburg verwechselt Cognition über den Rechtsverlust und Cognition über den Restitutionsgrund. Darüber, ob der Petent ein Recht wirklich verloren habe, hat der Prätor auch nach meiner Ansicht nicht cognoscirt — hier genügte ihm die blosse Parteibehauptung (si dicetur) —; wohl aber hat er darüber cognoscirt, ob das Recht, das der Petent besessen und verloren zu haben behauptet, wenn er es wirklich besessen haben sollte, dann auf eine Weise verloren gegangen sein würde, die die Restitution rechtfertigt. Und hiemit stimmt die Fassung des Edicts aufs Beste: es heisst nicht „si .... afuisse dicetur", auch nicht „si quid, cum afuerit, deminutum esse dicetur", sondern "si quid, cum abesset, deminutum esse dicetur".

3) C. Pr. n. 347.

Hienach sieht also der Prätor selbst zu, wie viel von der Actions- oder Usucapionsfrist vor dem Eintritt des Restitutionsgrunds abgelaufen war, und restituirt nur soviel von jener Frist, als damals noch übrig war; in dem l. c. angeführten Fall hätte der Kläger innerhalb 24 Stunden über die restituirte Vindication litem contestiren müssen, um derselben nicht verlustig zu gehen. Hätte aber der Kläger innerhalb 24 Stunden litem contestirt, so hätte der Judex selbst dann verurteilen müssen, wenn seit dem Aufhören des Restitutionsgrundes etwa bereits der ganze annus usucapionis von neuem abgelaufen wäre. Und dies letztere war natürlich sehr leicht möglich. Denn der annus usucapionis ist ein annus continuus, der annus restitutionis dagegen ein annus utilis: es konnte also z. B. vorkommen, dass der unus dies, von dem in fr. 26 § 8 cit. die Rede ist, erst anderthalb Jahre nach dem Aufhören des Restitutionsgrunds und gleichwohl vollwirksam restituirt wurde.

Erwägt man nun den hier nachgewiesenen Umfang der prätorischen Cognition, so ist klar, dass die Fiction nur glatt und einfach so gelautet haben kann: si is homo q. d. a. a N° N° usucaptus non esset. Wann der Streitgegenstand in Wirklichkeit usucapirt war, das ging den Judex gar nichts an, und um die seit Aufhören des Restitutionsgrunds verflossene Zeit hatte er sich nur unter der Voraussetzung zu kümmern, dass der Prätor ihm durch Inserirung der exceptio annalis die Cognition darüber überwiesen hatte, ob die Restitution rechtzeitig erbeten worden sei[1]). Es ist mir daher kaum zweifelhaft, dass die Formel folgender Massen lautete:

> *Si is homo q. d. a. a N° N° usucaptus non esset, tum si eum hominem ex iure Quiritium A^i^ A^i^ esse oporteret: si non plus quam annus est, cum primum de ea re experiundi potestas fuit, neque is homo arbitrio tuo A° A° restituetur, q. e. r. e., t. p.* rel.

Die Modificationen, die diese Formel in Anwendung auf sonstige Restitutionsfälle erleidet, sind hier nicht weiter auszuführen. Dagegen noch eine Bemerkung über ihren Namen. Die Byzantiner scheinen unsere Klage actio Publiciana (rescissoria) genannt zu haben[2]). Dass diese Bezeichnung auf die classischen Juristen zurückgeht, wird durch fr. 35 pr. de O. et A. (44. 7) nicht bewiesen, wenn es auch an sich leicht zu verstehen wäre, dass man die Klage, die eine stattgefundene Usucapion wegfingirte, aus diesem formalen Grunde mit dem gleichen Namen belegte, wie diejenige, die eine nicht stattgefundene Usucapion als vollendet fingirte[3]). Wenn es in fr. 35 cit. heisst, die Publiciana sei eine actio perpetua, und dann fortgefahren wird

> sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius ciuile datur,

so liegt es doch wohl am nächsten, unter dieser rescissa usucapione erteilten Klage keine andere zu verstehen als die just vorher genannte gewöhnliche Publiciana, und nicht unsere actio rescissoria, die ihrem Wesen nach vielmehr eine uindicatio rescissa usucapione ist[4]).

1) Dies tat der Prätor, wenn die Frage streitig wurde, regelmässig: c. 5 h. t.

2) Glosse bei Brisson. s. v. Publiciana.

3) Vgl. Keller, C. P. n. 946.

4) Vgl. Savigny, System VII, S. 189, Bekker, Aktionen II, S. 93 n. 33.

§ 44. QUOD FALSO TUTORE AUCTORE GESTUM (?) ESSE DICATUR[1]).

Ulp. 12[2]), Paul. 12[3]), Gai. 4[4]).

Bei Ulp. 12 fr. 1 § 1. 6, fr. 7 pr. h. t. sind folgende Worte als Edictsworte erhalten:

> QUOD EO AUCTORE, QUI TUTOR NON FUERIT[5]), ..., SI ID ACTOR IGNORAUIT, DABO IN INTEGRUM RESTITUTIONEM[6]).
>
> IN EUM QUI, CUM TUTOR NON ESSET, DOLO MALO AUCTOR FACTUS ESSE DICETUR[7]), IUDICIUM DABO, UT, QUANTI EA RES ERIT[8]), TANTAM PECUNIAM CONDEMNETUR.

Beide Clauseln bezogen sich, wie aus dem „si id actor ignorauit" der ersten und auch aus den Commentaren hervorgeht[9]), ausschliesslich auf den Fall, wo Jemand dadurch, dass er mit einem Pupillen falso tutore auctore Litiscontestation vorgenommen, seinen Anspruch eingebüsst hatte. Für anderweite Fälle der Schädigung durch Contract falso tutore auctore gab es ein anderes iudicium in factum gegen den falsus tutor, wovon Ulpian erst lib. 35 handelte[10]). Hienach muss aber das farblose Wort „gestum" in der Digestenrubrik in hohem Masse auffallen, und erwägt man, dass dieses Wort zwar auch in den Commentaren mehrmals vorkommt[11]), dass aber dessen eigentliche Erläuterung in den Digesten gestrichen ist, während dasselbe doch der Erläuterung sehr bedürftig gewesen wäre, dass ferner auch die am Schlusse der ersten Clausel stehenden Worte „dabo in integrum restitutionem" in ihrer Fassung den andern Edicten unseres Titels nicht entsprechen, so kann man kaum zweifeln, dass erst die Compilatoren das unklare gestum in unser Edict gebracht haben, und dass in seiner ursprünglichen Fassung die Beziehung auf das iudicium falso tutore acceptum klarer hervortrat[12]); am Schlusse der ersten Clausel aber wird an Stelle des breitspurigen „dabo in integrum restitutionem" ausdrücklich die Restitution der consumirten actio verheissen gewesen sein.

Eine der ersten Clausel entsprechende Formel war wohl nicht proponirt. Soweit die Litiscontestation den Anspruch nicht ipso iure consumirte, bedurfte es auch keiner besondern rescissorischen Formel, da hier behufs Restitution bloss die exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae verweigert zu werden brauchte. Wo die Consumtion ipso iure eintrat, mag an eine Fiction „si ea res q. d. a. in iudicium deducta non esset" gedacht werden[13]).

1) D. (27. 6). Prob. 5, 17: T. A = tutore auctore.

2) Fr. 1, 3, 5, 7, 9 h. t.

3) Fr. 2, 4, 6, 8 h. t.

4) Fr. 10 h. t.

5) Ulp. 12 fr. 1 § 2—5 h. t.

6) Ulp. 12 fr. 1 § 6, fr. 3, 5 h. t., Paul. 12 fr. 2, 4, 6 h. t.

7) Ulp. 12 fr. 7 § 1 h. t.

8) Ulp. 12 fr. 7 § 2—4 h. t., Paul. 12 fr. 8 h. t. Hieher wohl auch Gai. 4 fr. 10 h. t.: die Stelle betont, dass der Kläger nur gegen die processuale Consumtion selbst restituirt wird, wegen des anderweiten Schadens aber sich nur an den falschen Tutor halten kann.

9) Vgl. fr. 5 i. f., fr. 7 § 3 h. t.

10) Ulp. 35 fr. 11 h. t.

11) Fr. 1 § 3. 5 h. t.

12) Gai. 4 fr. 10 h. t. hat statt gestum: actum. Ein „qua de re . . . . . actum esse dicetur" würde dem Zwecke des Edicts vollkommen entsprochen haben.

13) Rudorff (E.P. § 43) hat: Si A^s A^s, cum Titium N^i N^i tutorem non esse ignoraret, cum N^o N^o non egisset, tum si rel. Das ignorasse des Klägers wurde aber, weil Bedingung der Restitution, schon vom Prätor geprüft und kam in der Formel überhaupt nicht vor. Unter allen Umständen ist mitten in der Fiction das "cum . . . ignoraret" nicht am Platze.

Die Klage gegen den falsus tutor war natürlich in factum concipirt und entsprach vermutlich genau den Edictsworten. Analoge Klage wurde wider denjenigen erteilt, qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur insciens[1]).

§ 45. ? ?

Ulp. 13[2]), Paul. 12[3]), Julian. 4[4]).

Das Edict Quod falso tutore auctore ist bei Ulp. 12 erörtert. Dasselbe war nicht das einzige, welches Aufhebung der Folgen der Litiscontestation bezweckte. Wir begegnen nämlich im folgenden Buche Ulpians — Ulp. 13 — sichern Spuren weiterer hieher gehörender Edicte. Bei Ulp. 13 fr. 25 de adm. et per. (26. 7)[5]) steht die Restitution eines Minderjährigen wider eine zu seinem Nachteil stattgefundene prozessuale Consumtion in Frage, bei Ulp. 13 fr. 2 de exc. r. iud. (44. 2)[6]) die Restitution einer durch exceptio dilatoria verloren gegangenen actio. Keine dieser beiden Stellen passt zu irgend einem der überlieferten Edicte, die bei Ulp. 13 behandelt sind (de alienatione iudicii mutandi causa facta und qui arbitrium receperunt); sie können sich also beide nur auf anderweite Edicte bezogen haben, die von den Compilatoren aus naheliegenden Gründen gestrichen worden sind. Das eine derselben mag vielleicht die Restitution der Minderjährigen gegen die prozessuale Consumtion speciell vorgesehen haben; wir müssten dann annehmen, dass das „quod gestum esse dicetur“ des allgemeinen Edicts de minoribus auf die Litiscontestation nicht mitbezogen wurde, was ja an sich sehr wohl denkbar ist[7]). Wie dem aber auch sein mag, jedenfalls sind wir berechtigt, alle die zerstreuten Nachrichten, die uns über prozessuale Restitutionsfälle überliefert sind, an dieser Stelle des Edicts einzuschieben.

1.

Gai. IV. 53[8]):

> Si quis intentione pl*us* complexus fu*erit*[9]), *causa cadit,* id est rem perdit nec a praetore in integr*um* restituit*ur,* excep*tis* quibusdam casibus, in q*uibus* . . . . .[10])

Die bei Gaius nicht lesbaren Ausnahmen sind uns in § 33 J. de act. (4. 6) erhalten: Minderjährigkeit des Klägers, für Grossjährige magna causa iusti erroris[11]), wobei übrigens dahin gestellt bleiben mag, ob nicht die letztere Ausnahme in ihrer allgemeinen Fassung erst aus speciellen Ausnahmen des Edicts

1) Ulp. 12 fr. 9 pr. h. t. Dolum malum adhibuit?

2) Fr. 25 de adm. et per. (26. 7), fr. 2 de exc. rei iud. (44. 2).

3) Fr. 8 de R. V. (6. 1).

4) Fr. 15 de O. et A. (44. 7), cit. fr. 2 de exc. r. iud. (44. 2).

5) Vgl. über die Stelle: Keller, Litisc. u. Urt. S. 531 fg.

6) Vgl. Julian. 4 fr. 15 de O. et A. (44. 7).

7) Freilich müsste dann fr. 7 § 4 de minor. (4. 4) als eine Interpolation aus Ulp. 13 erklärt werden.

8) Paul. sent. I, 10 de plus petendo. Die Rubrik steht unmittelbar hinter der Lehre von der i. i. r. Im echten Paulus dürfte das Fragment zu dieser letztern Lehre selbst gehört haben.

9) Hieher Paul. 12 fr. 8 de R. V. (6. 1)?

10) Vgl. Seneca, epist. V 7 (48) § 10. Sueton. Claud. c. 14.

11) Vgl. Paul. sent. I 7 § 2: integri restitutionem praetor tribuit ex his causis: quae per . . . . iustum errorem gesta esse dicuntur.

abgezogen ist, — es scheint mir diese Annahme den quibusdam casibus des Gaius besser zu entsprechen[1]).

2.

Gai. IV. 57.:

At si in condemnation*e* plus petitum sit quam oportet, actoris qui*dem* periculum nullum est, sed (*reus cum*) iniqua*m* formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio . si uero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum (*actor*) consequitur quod posuit . . . . nec ex ea parte praetor in integrum restituit . . . .: loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum: nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit.

3.

Diocl. et Maxim. c. 2 sent. rescindi (7. 50):

Peremptorias exceptiones omissas initio[2]), antequam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat: quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur.

ict. Gai. IV. 125:

Se*d* peremptoria quidem exceptione si reus per errore*m* non fu*er*it usus, in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia: dilatoria uero si non fu*er*it usus, an in integrum restitu*a*tur, quaeritur.

Cf. c. 8 de except. (8. 35 [36]). S. auch fr. 23 § 3 de cond. indeb. (12. 6) v. „si post litem contestatam rel.“

§ 46. DE ALIENATIONE IUDICII MUTANDI CAUSA FACTA[3]).

Ulp. 13[4]), Paul. 12[5]), Gai. 4[6]).

Als sichere Bestandteile des Edicts lassen sich folgende Worte bezeichnen:

QUAE ALIENATIO IUDICII MUTANDI CAUSA FACTA ERIT[7]) DOLO MALO[8]), IN INTEGRUM RESTITUAM[9]).

Die bisherigen Bearbeiter des Edicts begnügen sich aber nicht mit diesen Worten. Zweifel erregt zunächst, dass Paulus in fr. 8 § 1 h. t. berichtet:

Praetor ait: „quaeue alienatio iudicii mutandi causa facta erit“.

Quae*ue*: hienach müssten vorher noch andere Edictsworte gestanden haben. **Ranchinus** und nach ihm Andere schlagen vor (vgl. fr. 4 § 1. 3 h. t.):

Si dolo malo lis in alium translata quaeue alienatio etc.

Allein diese willkürliche Hereintragung einer Tautologie bedarf wohl keiner

1) Vgl. auch die constitutio Zenoniana c. 1 de plus petendo (3. 10) in § 1 u. 2, wo ebenfalls spezielle Ausnahmen gemacht sind.

2) **Rudorff** vermutet hier, nicht ohne Grund, ein Emblem: „Diocletianus scripserat: in iudicio, hoc est in formula“ (E. P. § 44[3]). Die Stelle dürfte auch sonst von den Compilatoren umgestaltet sein.

3) D. (4. 7), C. (2. 54 [55]).

4) Fr. 2, 4, 6 h. t., fr. 119 de R. J.

5) Fr. 8, 10 h. t. Fr. 10 ist fälschlich Ulp. 12 inscribirt.

6) Fr. 1, 3, 7 h. t.

7) Gai. 4 fr. 1, 3 pr.—§ 3 h. t. Ulp. 13 fr. 4 pr.—§ 4 h. t. Paul. 12 fr. 8 § 1—5, fr. 10 pr. h. t. C. un. h. t.

8) Ulp. 13 fr. 4 § 3 (cf. § 1. 4) h. t.: cum in hoc edicto doli mali fiat mentio. Paul. 12 fr. 10 § 1 h. t.

9) Gai. 4 fr. 3 § 4 h. t.: quod proconsul in integrum restituturum se pollicetur. Cf. c. un. h. t.

Widerlegung. Rudorff (E. P. § 45) schiebt auf Grund von Gai. 4 fr. 3 § 1 h. t. die Worte „Quae manumissio" vor. Allein fr. 3 § 1 enthält, wie die Vergleichung mit fr. 1 und 3 pr. zur Evidenz ergibt, ganz wie diese letztern Stellen, ein blosses von dem Juristen beigebrachtes Beispiel. Erwägt man, dass in den Commentaren nichts auf eine Lücke hindeutet, so wird man es mit Cujaz[1]) für das weitaus Wahrscheinlichste halten müssen, dass in fr. 8 § 1 statt quaeue zu lesen ist: quae. Es braucht bloss einmal ein Abschreiber des Paulinischen Commentars statt q̄ (= quae) fälschlich geschrieben zu haben: q̄u, so ist die Entstehung des quaeue erklärt.

Weiter schiebt Rudorff, um von den zum Teil sehr umfangreichen Einschiebungen der Aeltern zu schweigen, in das Edict seiner Gewohnheit entsprechend die exceptio annalis ein. Nach fr. 4 § 6, fr. 6, 7 h. t. kann aber die Annalbeschränkung hier nicht auf Edictstext, sondern nur auf Interpretation beruht haben.

Dem Zwecke der Restitution diente eine im Album proponirte actio in factum concepta[2]). Dieselbe enthielt eine arbitrarische Restitutionsclausel[3]) und ging auf das Interesse des Klägers[4]). Andeutungen über die Gestalt der intentio sind zu entnehmen aus fr. 24 i. f. comm. diu. (10. 3):

> teneris mihi praetoria actione, quod fecisses, ne tecum communi diuidundo ageretur . . .

und aus c. 1 h. t. v.:

> si rem, ne secum ageretur, qui possidebat, uenumdedit et emptori tradidit, . . . , conueniendi tibi tributam esse iure facultatem.

Hienach war jedenfalls der Zweck der alienatio als „ne secum ageretur" in der Formel bezeichnet, was Rudorff in seiner Reconstruction übersehen hat. Eine neue Reconstruction unter Berücksichtigung dieser Tatsache wäre leicht herzustellen, aber im Uebrigen ohne Authenticität. Namentlich scheint mir nicht sicher, ob die angeführten Worte der c. 1 durchaus als Anleitung zur Abfassung der Formel aufgefasst werden dürfen.

§ 47. *DE RESTITUTIONE HEREDUM?*

Ulp. 13[5]), Paul. 12[6]).

Ganz am Schlusse des Titels de restitutionibus beschäftigen sich die Commentatoren noch einmal mit der Frage der Vererblichkeit des Restitutionsanspruchs. Dahin gehören ausser Paul. 12 fr. 120 de R. J.:

1) Opp. V c. 165.

2) Gai. 4 fr. 1 pr. h. t. Nach Umständen genügte natürlich denegatio actionis, cf. fr. 12 i. f. h. t.

3) Ulp. 13 fr. 4 § 6 h. t. Paul. 12 fr. 8 pr. eod.: ex hoc edicto tenetur . . . . ., si arbitratu iudicis pristinam iudicii causam non restituit.

4) D. h. auf quanti ea res erit. Ulp. 13 fr. 4 § 5, Gai. 4 fr. 3 § 4. 5 h. t. enthalten Interpretation. Auf „quanti A[i] A[i] interest alium aduersarium non habuisse" — so Rudorff und alle Aelteren — ging die Formel sicher nicht. Die hervorgehobenen Worte kommen nur bei Gai. 4 fr. 3 § 4 h. t. vor, aber nicht als Formeltext, sondern als blosse Interpretation (v. „ex quibus apparet"). Bei Ulp. 13 fr. 4 § 5 fehlen sie, und die Bemerkung in fr. 4 § 6 „haec actio non est poenalis" ist nur verständlich, wenn wir eine Fassung der condemnatio annehmen, die den reipersecutorischen Charakter der Klage nicht über allen Zweifel erhob.

5) Fr. 6 de i. i. r. (4. 1), fr. 19 de minor. (4. 4).

6) Fr. 120 de R. J. (50. 17).



Nemo plus commodi heredi suo relinquit quam ipse habuit

namentlich die ausführlichen Erörterungen bei Ulp. 13 fr. 6 de i. i. r. und fr. 19 de minor. Hatten diese Erörterungen eine edictale Grundlage, so ging das betreffende Edict jedenfalls nur auf die Erben restitutionsberechtigter Minderjähriger, arg. fr. 6 cit.:

> Non solum minoris, uerum eorum quoque, qui rei publicae causa afuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt, et ita saepissime est constitutum.

Dass nun aber wirklich im Edict der Restitutionsanspruch der heredes[1]) minorum an dieser Stelle vorgesehen war, dafür spricht schon die Tatsache, dass Ulpian, nachdem er in lib. 11 fr. 18 i. f. de minor. die Vererblichkeit des Restitutionsanspruchs der Minderjährigen berührt hat, jetzt nochmals in fr. 6 und 19 cit., mit ganz detaillirter Ausführung des Begriffs successor und der den Erben gewährten Frist, darauf zurückkommt; ausserdem aber spricht dafür das ausdrückliche Zeugniss in fr. 19 cit.:

> Interdum tamen successori plus quam annum dabimus, ut est edicto expressum, si forte aetas ipsius subueniat: nam post annum uicensimum quintum habebit legitimum tempus.

Im Edict war also vermutlich gesagt, dass die Erben eines restitutionsberechtigten Minderjährigen innerhalb der dem Verstorbenen noch übrigen Frist[2]) Restitution haben sollten, und dann die Ausnahme beigefügt.

Tit. XI.

DE RECEPTIS[3]).

§ 48. QUI ARBITRIUM RECEPERINT, UT SENTENTIAM DICANT[4]).

Ulp. 13[5]), Paul. 13[6]), Gai. 5[7]), Julian. 4[8])[9]).

Das Edict lautete:

> QUI[10]) ARBITRIUM PECUNIA COMPROMISSA[11]) RECEPERIT[12]), EUM SENTENTIAM DICERE COGAM[13]).

1) Vgl. fr. 170 de V. S. (50. 16).

2) Hieher Paul. 12 fr. 120 de R. J.

3) D. (4. 8) de receptis: qui arbitrium receperint, ut sententiam dicant. C. (2. 55 [56]).

4) D. (4. 8). C. (2, 55 [56]).

5) Fr. 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 21, 23, 25, 27, 29, 31 h. t., fr. 16 de O. N. N. (39. 1) cf. fr. 19 i. f., fr. 21 pr. h. t., fr. 71 de V. O. (45. 1) cf. fr. 29 h. t.

6) Fr. 4, 8, 10, 12, 16, 19, 22, 24, 26, 28, 30, 32, 34 h. t., fr. 37 [36] ad SC. Treb. (36. 1), fr. 121 de R. J. (50. 17) cf. fr. 29 h. t.

7) Fr. 6, 20, 35 h. t., fr. 122 de R. J. (50. 17) cf. fr. 32 § 7 h. t.

8) Fr. 47, 49 h. t., cit. fr. 17 pr., 19 pr., 21 § 9. 10, 27 § 5 h. t.

9) Nicht hieher, sondern zum Edict de minoribus gehört Callistr. 1 fr. 41 h. t. (anders Rudorff, E. P. § 46[2]); denn schon das Edict ex quibus causis maiores fällt in Callistr. 2.

10) Ulp. 13 fr. 3 § 3, fr. 5, 7, 9, 11 pr. h. t., Paul. 13 fr. 4, 8, 10 h. t., Gai. 5 fr. 6 h. t.

11) Ulp. 13 fr. 11 § 1—ult., fr. 13 pr. § 1 h. t., Paul. 13 fr. 12, 32 pr.—§ 3 h. t., Gai. 5 fr. 35 h. t.

12) Ulp. 13 fr. 13 § 2 h. t.

13) Ulp. 13 fr. 13 § 3. 4, fr. 15, 17, 21 pr.—§ 5 h. t., Paul. 13 fr. 16, 19, 32 § 4—13 h. t., Gai. 5 fr. 20 h. t.

Bis „receperit" sind die Worte in fr. 3 § 2 h. t. citirt; der Schluss ergibt sich aus den Commentaren und speciell aus fr. 15 h. t.:

> Licet . . . praetor destricte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum . . . .

Die Commentare zu unserm Edict beschränken sich nicht auf die Erläuterung der Edictsworte, sondern erörtern ausserdem noch die rechtlichen Folgen des Compromisses für die Parteien nach Massgabe der gewöhnlichsten Compromissclauseln, namentlich die Voraussetzungen, unter denen je nach der Fassung der letztern die Compromissstrafe verfällt[1]).

Das Zwangsmittel gegen den arbiter, im Edict nicht genannt, war keine Strafklage, sondern Multirung — fr. 32 § 12 h. t. — oder pignoris capio.

§ 49. NAUTAE CAUPONES STABULARII UT RECEPTA RESTITUANT[2]).

Ulp. 14[3]), Paul. 13[4]), Gai. 5[5]).

Ulp. 14 fr. 1 pr. h. t.:

> Ait praetor: NAUTAE[6]) CAUPONES STABULARII[7]) QUOD CUIUSQUE SALUUM FORE RECEPERINT[8]) NISI RESTITUENT, IN EOS IUDICIUM DABO[9]).

Die Formel war auf das receptum nautarum abgestellt[10]) und ist bei Ulpian in fr. 3 § 2—4 h. t. commentirt[11]). Sie ist von Rudorff (E. P. § 47) im Wesentlichen gewiss richtig folgender Massen reconstruirt:

> *S. p. N^m N^m[12]), cum nauem exerceret[13]), A^i A^i[14]) res q. d. a. saluas fore recepisse neque restituisse[15]), q. e. r. e.[16]), t. p., iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

§ 50. *ARGENTARIAE MENSAE EXERCITORES QUOD PRO ALIO SOLUI RECEPERINT UT SOLUANT*[17]).

Ulp. 14[18]), Paul. 13[19]), Gai. 5[20]).

Existenz, Ort, Inhalt des obigen Edicts habe ich in der n. 17 angeführten

1) Vgl. z. B. Ulp. 13 fr. 21 § 6—ult., fr. 23, 25, 27, 29, 31 h. t., Paul. 13 fr. 22, 24, 26, 28, 30, 32 § 14 sqq., 34 h. t.

2) D. (4. 9).

3) Fr. 1, 3 h. t.

4) Fr. 4 h. t., fr. 42 loc. (19. 2).

5) Fr. 2, 5 h. t., fr. 40 loc. (19. 2).

6) Ulp. 14 fr. 1 § 2—4 h. t.

7) Ulp. 14 fr. 1 § 5 h. t.

8) Ulp. 14 fr. 1 § 6 — fr. 3 pr. h. t.

9) Ulp. 14 fr. 3 § 1 h. t.

10) Arg. fr. 3 § 2 h. t.: eodem modo tenentur caupones et stabularii. Dies eodem modo erklärt sich, da die Anwendbarkeit des Edicts auf caupones et stabularii bereits in fr. 1 § 5 erörtert war, lediglich daraus, dass die Musterformel auf die nautae ging.

11) Fr. 3 § 5 h. t. enthält Schlusserörterungen über concurrirende Klagen.

12) Filium familias N^i N^i, seruum N^i N^i uoluntate eius: fr. 3 § 3 h. t.

13) Fr. 3 § 2 h. t.: eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo (?) exercentes negotium suum recipiunt.

14) Cf. fr. 1 § 6. 7 h. t.

15) Exceptio wegen uis maior: fr. 3 § 1 h. t.

16) Fr. 3 § 4 h. t. Wahrscheinlich schloss sich hieran eine prätorische taxatio, cf. fr. 6 § 2 h. t. v.: cuius factum praetor aestimare solet. Vgl. § 78.

17) Vgl. zu diesem Edict: Lenel, Zschr. der Sav.-Stift. f. R. G. II S. 62 fgg.

18) Fr. 27 de pec. constit. (13. 5), fr. 28 mandati (17. 1), fr. 52 de solut. (46. 3). Vgl. Lenel, a. a. O. S. 63 fg. 66. 67.

19) Fr. 12 de pec. constit. (13. 5). Lenel, a. a. O. S. 63 fgg.

20) Fr. 28 de pec. constit. (13. 5), fr. 27 de iureiur. (12. 2), fr. 30 de fideiuss. (46. 1), fr. 53 de solut. (46. 3). Lenel, a. a. O. S. 63 fg. 65. 66. 67. Die Beziehung von fr. 27 de

Abhandlung nachgewiesen[1]). An gegenwärtiger Stelle habe ich nur auf die für die Fassung des Edicts und der Formel (actio recepticia[2]) erheblichen Punkte zurückzukommen.

Edict und Formel betrafen nur das receptum der argentarii[3]). Sie betrafen nur das receptum pro alio[4]). Das receptum ging auf solui oder se soluturum esse[5]). Entsprechend figurirte das Nichterfolgtsein der solutio als Condemnationsbedingung in der Formel[6]). Die Worte

> Quod argentariae mensae exercitores pro alio solui receperint, nisi soluetur, iudicium dabo

dürften daher, ohne alle Garantie für den genauen Wortlaut, ein im Wesentlichen richtiges Bild des Edictsinhalts geben.

Tit. XII.

§ 51. *DE SATISDANDO*[7]).

Ulp. 14[8]), Paul. 14[9]), Gai. 5[10]).

Aus dem Inhalt der in n. 8—10 angeführten Commentarfragmente lässt sich erkennen, dass im Edict hinter dem Titel de receptis ein solcher de satisdando stand, und es wird dies durch die Aufeinanderfolge der Rubriken de receptis [arbitris] und de satisdando im Justinianischen Codex sowie auch dadurch bestätigt, dass in Paul. sent., wo der Titel de receptis fehlt, der Titel de satisdando unmittelbar auf den von den Restitutionen handelnden Abschnitt (I, 7—10) folgt.

Ueber den Inhalt unseres Titels geben uns die erhaltenen Commentarfragmente nur unvollständigen Aufschluss; die Scheere der Compilatoren hat hier, da ja das Justinianische Satisdationsrecht auf ganz anderm Boden steht wie das classische, begreiflicher Weise sehr schlimm gehaust, und bei dem, was sie übrig liess, fragt sich immer noch, ob uns darin der Inhalt edictaler Vorschriften oder nur der prätorischen Praxis überliefert ist.

Die Punkte nun zunächst, die wir in den n. 8—10 citirten Commentarfragmenten behandelt finden, sind folgende.

iureiur. (12. 2) ist mir jetzt nicht mehr unzweifelhaft, da auch das Edict de iureiurando in Gai. 5 fällt.

1) Die Ausführungen Bekkers in der Zschr. d. Sav.-Stift. f. R. G. III S. 1 fgg., so weit sie von meinen Ergebnissen abweichen, kommen für den in diesem Buche verfolgten Zweck nicht in Betracht.

2) C. 2 de pec. const. (4. 18), § 8 J. de act. (4. 6) und Theophil. ad h. l., Gloss. Labb. s. v. ῥεκεπτικία in Otto's thesaur. III c. 1793.

3) Theophil. l. c., Gloss. Labb. l. c.

4) Ulp. 14 fr. 27 de pec. constit. (13. 5), Gai. 5 fr. 28 eod. S. ferner Lenel, a. a. O. S. 66. Vgl. auch Cic. ad famil. XIII 50. § 2.

5) Ulp. 4 fr. 6 § 3 de edendo (2. 13): quod solui *recepit* (D.: constituit). Gai. 5 fr. 28 cit.: ubi quis pro alio *recepit* (D.: constituit) se soluturum.

6) Arg. Ulp. 14 fr. 52 de solut. (46. 3): satisfactio pro solutione est. Gai. 5 fr. 27 de iureiur. (12. 2): iusiurandum etiam loco solutionis cedit.

7) C. (2. 56 [57]).

8) Fr. 7 qui sat. cog. (2. 8), fr. 5 pr. de h. p. (5. 3), fr. 7 de stip. praet. (46. 5), fr. 9 iud. solui (46. 7); fr. 23 de V. S. (50. 16)?

9) Fr. 8 qui satisd. cog. (2. 8).

10) Fr. 1, 9 eod., fr. 125 de R. J. (50. 17).

1. Begriff der satisdatio. Gai. 5 fr. 1 qui satisd. cog. (2. 8).

2. Die prätorischen Satisdationen sind durch Bürgen zu stellen. Ulp. 14 fr. 7 de stip. praet. (46. 5).

3. Die Bürgen müssen idonei sein — Ulp. 14 fr. 7 pr. qui satisd. cog. (2. 8), Paul. 14 fr. 8 § 1—3 eod. —, und ist Streit über ihre Tauglichkeit, so kann die Entscheidung darüber vom Prätor einem arbiter anvertraut werden. Gai. 5 fr. 9 eod.

4. Si necessaria satisdatio fuerit et non facile possit reus ibi eam praestare ubi conuenitur: potest audiri, si in alia eiusdem prouinciae ciuitate satisdationem praestare paratus sit. Ulp. 14 fr. 7 § 1 eod. Technischer Ausdruck für diese Gestattung war, wie es scheint, „mitti in municipium". Sie erfolgte nur nach vorgängigem Calumnieneid und causa cognita. Paul. 14 fr. 8 § 4—6 eod. Nach der Ausdrucksweise des Paulus in diesem Passus muss der Punkt im Edict vorgesehen gewesen sein.

5. Die quantitas satisdationis, cf. Ulp. 14 fr. 9 iud. solui (46. 7):

> Iudicatum solui stipulatio expeditam habet quantitatem: in tantum enim committitur, in quantum iudex pronuntiauerit.

Ob auch Ulp. 14 fr. 23 de V. S.[1]) in diesen Zusammenhang gehört, muss dahingestellt bleiben.

6. De die in stipulatione ponenda solet inter litigatores conuenire. Paul. 14 fr. 8 pr. qui sat. cog. (2. 8). Darüber stand also nichts im Edict.

7. Folgen der Nichtbestellung der cautio iudicatum solui und pro praede litis et uindiciarum. Hieher gehören mehrere Bestimmungen.

a. Ulp. 14 fr. 7 § 2 qui sat. cog. (2. 8):

> Si satisdatum pro re mobili non sit et persona suspecta sit, ex qua satis desideratur: apud officium deponi debebit, si hoc iudici sederit, donec uel satisdatio detur uel lis finem accipiat.

Nach der Ausdrucksweise des Juristen („debebit") ist es kaum wahrscheinlich, dass das hier mitgeteilte Sicherungsmittel auf edictaler Vorschrift beruhte. Jedenfalls dürfen wir aber aus der Stelle schliessen, dass das Edict und zwar an diesem Orte Normen über die Folgen des rem mobilem non uti oportet defendere aufstellte, und es kann, wenn man die Analogie der Interdicte Quam hereditatem, Quem fundum, Quem usumfructum[2]) heranzieht, kein Zweifel darüber sein, dass diese Folge, vorausgesetzt dass der Kläger seinerseits Satisdation stellte[3]), in einer translatio possessionis bestand[4]). Wie diese letztere ins Werk gesetzt wurde, erfahren wir aus fr. un. § 1 si quis ius dic. (2. 3): es tritt hier nicht, wie bei Erbschaften und Grundstücken, ein restitutorisches Interdict ein, sondern ein einfaches duci uel ferri iubere seitens des Prätors[5]):

1) Rei appellatione et causae et iura continentur.

2) S. unten § 229. 248.

3) Arg. Paul. sent. I 11 § 1 v.: si petitor satisdare noluerit.

4) Vgl. auch Fur. Anth. 1. fr. 80 de R. V. (6. 1). Das dicere se non possidere in dieser Stelle ist ein Fall des rem non uti oportet defendere.

5) Man achte auf die Analogie der Noxalklagen, wo bekanntlich die Unterlassung der Defension Duction des Sklaven nach sich zieht. Fr. 2 § 1 si ex nox. cau. (2. 9), fr. 26 § 6, fr. 32, 33 de nox. act. (9. 4).

Is uidetur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecerit: ueluti si quis rem mobilem uindicari a se passus non est[1]), sed duci eam uel ferri passus est.

Leistete der Kläger keine Satisdation, so trat an Stelle der translatio possessionis nach Umständen das obige Auskunftsmittel: Sequestration apud officium.

b. Ulp. 14 fr. 5 pr. de H. P. (5. 3):

Diuus Pius rescripsit prohibendum possessorem hereditatis, de qua controuersia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere, nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis uel rerum eius restitutione satisdare: causa autem cognita, etsi non talis data sit satisdatio sed solita cautio, etiam post litem coeptam[2]). (§) Deminutionem se concessurum praetor edixit, ne in totum deminutio impedita in aliquo etiam utilitates alias impediat, ut puta si ad funus sit aliquid necessarium: nam funeris gratia deminutionem permittit . item si futurum est, ut, nisi pecunia intra diem soluatur, pignus distrahatur . sed et propter familiae cibaria necessaria erit deminutio . sed et res tempore perituras permittere debet praetor distrahere.

Die obige Stelle, bis jetzt nirgends richtig interpretirt, gibt uns Kunde von zwei Edicten. Von dem einen unmittelbar:

Deminutionem se concessurum praetor edixit.

Der Prätor erklärt, dass er unter Umständen — ohne Zweifel hiess es in dem Edict: si iusta causa esse uidebitur — dem beklagten Erbschaftsbesitzer die Veräusserung von Erbschaftssachen gestatten werde. Ein solches Edict setzt augenscheinlich voraus, dass es Fälle gab, in denen dem possessor die deminutio als Regel nicht gestattet war. Nun ist bekannt, dass ein gesetzliches Veräusserungsverbot für den beklagten Besitzer zur Zeit Hadrians nicht existirte, dass hingegen allerdings der Prätor das Recht in Anspruch nahm, nach Umständen ein solches Verbot zu erlassen[3]), fr. 17 § 2 de d. m. exc. (44. 4):

. . . . hereditatem ab emptore petit et, ne quid ex ea minueret, impetrauit.

Fr. 7 § 5 pro emptore (41. 4):

Qui sciens emit ab eo, quem praetor ut suspectum heredem deminuere uetuit, usu non capiet.

Vgl. fr. 7 pr. de iure delib. (28. 8), fr. 26 de C. E. (18. 1). Das Edict nun über das Deminutionsverbot hat — es ist dies mehr als bloss wahrscheinlich — direct vor dem Edict über die Deminutionserlaubniss gestanden, und,

1) d. h. offenbar so viel als rem uti oportet non defendit.

2) Hieher gehört der Punkt. Die meisten Ausgaben auch die Mommsens, setzen ihn vor causa autem cognita und lesen hinter post litem coeptam ununterbrochen weiter, so dass der ganze Satz von causa autem cognita an auf das edictum de deminuendo bezogen wird, wobei kein erträglicher Sinn herauszubringen ist. Francke, Comm. über den Pandektentitel de h. p. S. 26, setzt den Punkt, m. E. nicht minder unpassend, schon hinter causa autem cognita, im Anschluss an einige alte Digestendrucke. Bei deminutionem beginnt nach meiner Auffassung ein ganz neuer Absatz des Commentars.

3) Francke, a. a. O. S. 25 fg.

welches die Bedingungen waren, unter denen der Prätor ein solches Verbot zu erlassen verhiess, können wir aus dem im Anfang des fr. 5 pr. cit. mitgeteilten Rescript des Antoninus Pius mit aller Sicherheit schliessen. Das Rescript wird nach der richtigen Interpunction der Stelle für zwei Sätze angeführt. Einmal dafür, dass der Magistrat schon vor dem Prozessbeginn ein Veräusserungsverbot erlassen solle, wenn der Besitzer der Erbschaft nicht Sicherheit für deren künftige Restitution stelle[1]). Zweitens dafür, dass causa cognita die Veräusserungsbefugniss auch post litem coeptam entzogen werden könne, und zwar nicht bloss dann, wenn von Seiten des Erbschaftsbesitzers die soeben erwähnte extraordinäre Satisdation, sondern auch dann, wenn von ihm die gewöhnliche Caution, d. i. die cautio pro praede litis et uindiciarum oder iudicatum solui, gestellt sei. Hienach war im Edict nicht vorgesehen: 1. das Veräusserungsverbot vor dem Prozessbeginn, 2. das Veräusserungsverbot post litem coeptam bei ordnungsmässig gestellter Prozesscaution, — für beide Fälle beruft sich ja der Jurist auf kaiserliches Rescript. Danach aber bleibt für das prätorische Edict nur der Fall übrig, wo der Beklagte cautio pro praede litis et uindiciarum, bezw. cautio iudicatum solui nicht gestellt hatte. Solchenfalls hatte bekanntlich der Kläger Anspruch auf translatio possessionis mittels des interdictum Quam hereditatem, aber nur, wenn er sich zur Satisdation erbot; andernfalls bleibt der Besitz dem Beklagten, wie in Paul. sent. I 11 § 1 ausdrücklich gemeldet wird:

> Quotiens hereditas petitur, satisdatio iure desideratur et, si *satis* non detur, in petitorem hereditas transfertur: si petitor satisdare noluerit, penes possessorem possessio remanebit: in pari enim causa potior est possessor.

Gerade für diesen Fall nun dürfte der Prätor ein Veräusserungsverbot causa cognita verheissen haben, um den Kläger — wie schwer mag es für arme Leute oft gewesen sein, Bürgen aufzubringen! — gegen die Gefahr sicher zu stellen, die der cautionslose Besitz des Beklagten mit sich brachte, und hieran knüpft das rescriptum diui Pii erweiternd an, indem es einerseits auch die Zeit vor dem Prozess, wo von einer cautio p. p. l. u. und iudicatum solui i. d. R. noch keine Rede sein kann[2]), hereinzog, andererseits dem Umstand Rechnung trug, dass auch die gestellte Caution zur Wahrung der klägerischen Interessen nicht unter allen Umständen ausreicht. —

Fassen wir nun rückblickend die Gesammtheit der unter Ziff. 1—7 erörterten Fragmente ins Auge, so wird man kaum zweifeln können, dass der Edictstitel de satisdando nicht etwa bloss das Wie der satisdationes praetoriae überhaupt regelte, sondern — abgesehen von der bereits unter dem Titel de cognitoribus et procuratoribus geordneten cautio de rato des klagenden Procurators — das gesammte Recht der Prozesscautionen enthielt, wie es uns bei Gai. IV 88 sqq. überliefert ist: so zu sagen, das Programm für die am Schlusse des Edicts aufgestellten Formulare der cautio p. p. l. u. und iudicatum solui. Dass diese umfangreiche Lehre gleichwohl in den Commentaren,

1) Man denke an Fälle, wo der Kläger erst ein weitläufiges Beweismaterial sammeln muss, um den Prozess mit Aussicht auf Erfolg beginnen zu können, und dabei an die kurzen Usucapionsfristen.

2) Einen Ausnahmefall s. unter § 281.

zumal in demjenigen Ulpians, nicht besonders viel Platz beansprucht zu haben scheint, erklärt sich daraus, dass die Juristen hier überall auf die spätern ausführlichen Commentare zu den Cautionsformularen verwiesen haben werden.

Ich stelle zum Schlusse den nach Obigem teils wahrscheinlichen teils sichern Inhalt unseres Titels zusammen.

I. Quibus ex causis satisdetur.

A. Satisdationspflicht des Beklagten bei actiones in rem[1]), Gai. IV 91:

1. Si
   a. per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur iudicatum solui.
   b. per sponsionem, illa quae appellatur pro praede litis et uindiciarum.
2. Wird die Satisdatio nicht geleistet, so kann der Kläger
   a. wenn er Satisdation leistet, translatio possessionis verlangen[2]).
   b. wenn er nicht Satisdation leistet, immerhin bei Erbschaftsprozessen ein Veräusserungsverbot — causa cognita — erwirken, von dem aber, wiederum causa cognita, Ausnahmen zugelassen werden.

B. Satisdationspflicht des Beklagten bei actiones in personam.
Diese findet nach Gai. IV 102 nur certis ex causis statt, quas ipse praetor significat, nämlich:

1. propter genus actionis, ueluti iudicati depensiue aut cum de moribus mulieris agitur.
2. propter personam, ueluti si cum eo agitur qui decoxerit cuiusue bona (a) creditoribus possessa proscriptaue sunt[3]), siue cum eo herede agatur quem praetor suspectum aestimauerit.

C. Satisdationspflicht der Stellvertreter des Beklagten, Gai. IV 101:
ab eius . . . parte cum quo agitur, si . . . . alieno nomine aliquis interueniat, omnimodo satisdare debet[4]), ...: sed siquidem cum cognitore agatur, dominus satisdare iubetur: si uero cum procuratore, ipse procurator[5]). idem et de tutore et de curatore iuris est.

II. Quem ad modum satisdetur[6]).
Hieber gehört die oben unter Ziff. 4 erwähnte Bestimmung über das mitti in municipium und wohl auch das, was im Edict über die Tauglichkeit der fideiussores gesagt gewesen sein wird (ob. Ziff. 3).

1) Cf. fr. Vatic. 92.

2) Hier mag im Edict vielleicht auf die Interdicte Quam hereditatem u. s. w. verwiesen worden sein.

3) Cic. pro Quinctio c. 8 § 30: a . . . praetore postulat, ut sibi Quinctius iudicatum solui satisdet, ex formula quod ab eo petat cuius ex edicto praetoris bona dies XXX possessa sint.

4) Cf. Gai. IV 98.

5) Cic. pro Quinctio c. 7 § 29. in Verr. II. 2 c. 24 § 60. Fr. Vat. 317. c. un. de satisd. (2. 56 [57]).

6) Nach Paul. 14 fr. 8 § 4 qui sat. cog. (2, 8) hat es den Anschein, als ob die hieher gehörigen Vorschriften mit Bezug [illegible] auf die cautio p. p. l. u. [illegible]

Tit. XIII.

§ 52. *QUIBUS CAUSIS PRAEIUDICIUM FIERI NON OPORTET.*

Ulp. 14[1]), Paul. 15[2]), 16[3]).

Wir finden bei Ulp. 14 eine Reihe von Stellen, deren gemeinsamer Gesichtspunkt der in der obigen Rubrik angegebene zu sein scheint, und eben dieser Gesichtspunkt passt auch auf die einzige aus Paul. 15 erhaltene Stelle.

Paul. 15 fr. 2 de publ. iud. (48. 1) handelt von der Einteilung der iudicia publica in capitalia und non capitalia: dass eben diese Einteilung für die Frage, ob ein Civilprozess bis zur Beendigung eines Criminalverfahrens zu sistiren sei, bedeutungsvoll war, ist nicht zu bezweifeln. Die bei Cicero[4]) erwähnte exceptio „extra quam in reum capitis praeiudicium fiat" ist zwar nicht in das Hadrianische Edict übergegangen[5]). Der Vorrang der Capitalsachen wurde zur Zeit der Digestenjuristen von Amtswegen durch Präjudizialdecret gewahrt: aber ein Vorrang der Capitalsachen, ausschliesslich der Capitalsachen blieb es, wie sämmtliche hieher gehörige Quellenentscheidungen beweisen[6]). Auch Ulp. 14 fr. 5 § 1 de h. p. dürfte einer Erörterung über diesen Vorzug angehört haben: sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur.

Der Vorrang der hereditatis petitio vor den erbschaftlichen Singularklagen ist bekannt. Hieher gehört Ulp. 14 fr. 5 § 2 de h. p. (5. 3):

> Eorum iudiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praeiudicium eius iudicii fieri debeat.

Fr. 7 eod. bespricht näher das Verhältniss zwischen Erbschafts- und Freiheitsprozess.

Der Eigentumsfrage darf durch Servitutprozesse nicht vorgegriffen werden[7]). Hieher gehört zweifellos Ulp. 14 fr. 1 si seru. uind. (8. 5):

> Actiones de seruitutibus rusticis siue urbanis eorum sunt, quorum praedia sunt: sepulchra autem nostri dominii non sunt: adquin uiam ad sepulchrum possumus uindicare[8]).

Endlich Ulp. 14 fr. 19 de statulib. (40. 7) lässt sich als Bestandteil einer Erörterung über den fauor libertatis denken. Die Anwendung des Präjudicialdecrets zu Gunsten des liberale iudicium[9]) mag durch eine derartige vorausgeschickte Erörterung begründet worden sein.

Nach alledem halte ich es für unzweifelhaft, dass im Edict die Inhibirung

1) Fr. 5 § 1, 2, fr. 7 de h. p. (5. 3), fr. 1 si seru. uind. (8. 5), fr. 19 de statulib. (40. 7), s. ferner S. 111 n. 1.

2) Fr. 2 de publ. iud. (48. 1).

3) S. unten S. 111 n. 2.

4) De inuent. II 20 § 59. 60.

5) Vgl. Bülow, Prozesseinr. und Prozessvorauss. S. 174 fgg.

6) Vgl. fr. 5 § 1 de h. p. (5. 3), fr. 5 § 1 ad l. Jul. de ui publ. (48. 6) = fr. 37 de iud. (5. 1), fr. 7 § 4 de lib. causa (40. 12), c. 2 C. Theod. ad l. Corn. de falsis (9. 19), c. 2 C. Just. eod. (9. 22), c. 32 ad L. Jul. de adult. (9. 9). Danach ist die publica quaestio in fr. 5 de tab. exhib. (43. 5) und die criminalis quaestio in c. 4 de ord. iud. (3. 8) zu interpretiren.

7) Fr. 16 de exc. (44. 1).

8) „Und der letztern Klage steht die exceptio quod praeiudicium praedio non fiat nicht entgegen", dürfte der Jurist hinzugefügt haben.

9) Bülow, a. a. O. S. 149.

ungehöriger Präjudicien vorgesehen war. Ueber den Inhalt der betreffenden Clauseln aber wage ich keine bestimmte Entscheidung, da wir den oben angeführten Stellen nicht ansehen können, ob sie eigentlichen Commentar oder bloss angeknüpfte Erörterung enthalten. Zweifelhaft bleibt namentlich, ob das Edict bloss die Fälle betraf, in denen es zu einer exceptio praeiudicialis kommen konnte, oder auch die Fälle des Einschreitens von Amtswegen, des von Bülow s. g. Präjudicialdecrets. —

In unmittelbarer Nachbarschaft der soeben besprochenen Fragmente — nämlich bei Ulp. 14[1]), Paul. 16[2]) — begegnen wir der Erörterung des Rechts der querela inofficiosi testamenti. Die Tatsache, dass wir in den Edictcommentaren diese Erörterung finden, hat fast alle Bearbeiter[3]) des Edicts bestimmt, in dasselbe eine Rubrik de inofficioso testamento aufzunehmen. Ist diese Ansicht richtig, so ist die Materie ohne Zweifel durch die Edicte über das Präjudicialverhältniss attrahirt: es ist ja bekannt, dass die Querel bis ans Ende der classischen Zeit vor den Centumvirn verhandelt wurde, und dass gerade die auctoritas centumuiralis iudicii als Rechtfertigungsgrund des Vorrangs des Erbschaftsprozesses bezeichnet wird[4]). Es ist mir aber durchaus nicht unzweifelhaft, ob das Edict wirklich eine derartige Rubrik kannte, und ob nicht vielmehr jene Erörterungen bloss von Ulpian und Paulus an die Präjudicialedicte angeknüpft worden sind. Was soll nämlich unter jener Rubrik des Edicts gestanden haben? Wenn Ranchinus und seine Nachtreter hier von einem Edict „inofficiosi testamenti actionem dabo“ fabeln, so bedarf das ja wohl keiner Widerlegung. Aber auch, was Rudorff als Edictsinhalt annimmt, scheint mir überaus problematisch. Er setzt in seinen Text (E. P. § 56) einmal die Abkürzung „C. V. = centum uirum“ aus Prob. 5, 15, sodann den Satz aus Ulp. 14 fr. 123 pr. de R. J.: Nemo alieno nomine lege agere potest. Dazu bemerkt er (n. 4):

> In edicto legis actio proposita fuit, qua apud centumuiros inofficiosum diceretur . . . . Praeterea de bonorum possessione litis ordinandae causa petenda edicto prouisum fuisse putes.

Von alledem steht nur die Edictmässigkeit des C. V. fest, und, ich nehme an, auch für das Hadrianische Edict; aber die Erwähnung der Centumvirn kann, ebenso gut wie hier, auch gelegentlich der cautio pro praede litis et uindiciarum oder gelegentlich eines der das Präjudicialverhältniss betreffenden Edicte stattgefunden haben, beweist also nichts für die Existenz unserer Rubrik. Der Ausschluss der Stellvertretung in der legis actio sodann gehört dem Civilrecht an und war im Edict schwerlich wiederholt, jedenfalls nicht an

1) Fr. 1, 6, 8 de inoff. test. (5. 2), fr. 4 de his quae ut indign. (34. 9) cf. fr. 8 § 14 de inoff. test., fr. 42 ad l. Falc. (35. 2) cf. fr. 8 § 8 sq. de inoff. test., fr. 2 de b. p. (37. 1) cf. fr. 1 de inoff. test., fr. 1 de fid. lib. (40. 5) cf. c. 13 de inoff. test. (3. 28), fr. 14 de appell. (49. 1) cf. fr. 8 § 16 h. t., fr. 1 de castr. pec. (49. 17) cf. fr. 8 pr. h. t; fr. 123 de R. J. (50. 17): Nemo alieno nomine lege agere potest. (§ 1) Temporaria permutatio ius prouinciae non innouat. Ulpian berührte also anscheinend auch die Provinzialrechte.

2) Fr. 8 de h. p. (5. 3) cf. fr. 19 de inoff. test. (5. 2), fr. 124 de R. J. cf. Ulp. 14 fr. 14 § 1 de appell. (49. 14) v. herede non respondente.

3) Anders nur van Reenen; die Auslassung in Bruns fontes ed. III p. 151 (anders ed. IV p. 169) beruht wohl nur auf Versehen.

4) Vgl. c. 12 pr. de h. p. (3. 31).

dieser Stelle. Die Annahme ferner, dass auch Legisactionen im prätorischen Album proponirt gewesen seien, entbehrt jeden quellenmässigen Anhalts. Und endlich die b. p. litis ordinandae gratia ist keine besondere Art der b. p., sondern die gewöhnliche, zum Zweck der Vorbereitung der Querel zu agnoscirende, b. p. intestati; es ist daher gar kein Grund vorhanden, ein besonderes Edict über dieselbe anzunehmen.

Was bleibt sonach für die Rubrik de inofficioso testamento übrig? Ich denke, als möglicher Weise hier proponirt wird man bezeichnen dürfen: einmal die sponsio CXXV nummum, von der Gai. IV 95 berichtet:

> ... si apud centumuiros agitur, summam sponsionis .... petimus ... per legis actionem: ...... eaque sponsio sestertium CXXV nummum fit *scilicet* propter legem Crepereiam.

Zweitens könnte vielleicht auch noch, für den Ausnahmsfall der Verweisung der Querel vor einen Judex[1]), eine weitere sponsio auf 25 Sesterze — arg. Gai. IV 93 — proponirt gewesen sein. Beides ist aber überaus unsicher; wir haben keinerlei positive Nachricht, die die Aufnahme jener Sponsionen in das Edict bezeugte, und als unmöglich oder auch nur unwahrscheinlich kann die gegenteilige Annahme gewiss nicht angesehen werden: die sponsio CXXV nummum kann als blosse Vorbereitung des Legisactionsverfahrens und die Verweisung vor den Judex als blosser Ausnahmsfall im Edict unberücksichtigt geblieben sein. Bemerkenswert ist jedenfalls, dass uns weder im Gaianischen Commentar noch in Julians Digesten eine Spur der Behandlung der Querel begegnet. —

Ist die Existenz der Rubrik de inofficioso testamento durchaus ungewiss, so erhebt sich die weitere Frage, ob die zur Verhütung ungehöriger Präjudicien bestimmten Edictsclauseln in der Tat, wie hier angenommen, den Inhalt eines besondern Titels, ob sie nicht vielmehr bloss einen Bestandteil des nächstfolgenden Titels de iudiciis omnibus, zu dem sie inhaltlich recht gut passen würden, bildeten. Was mich zur Annahme eines besondern Titels bestimmt hat, sind folgende Erwägungen. Der Titel de iudiciis omnibus ist ohne Zweifel der erste Titel der uns im spätern Schulgebrauch begegnenden pars secunda des Edicts, die den Namen de iudiciis führte[2]); er gab den Anlass zu diesem Namen, ganz wie der Titel de rebus creditis, der erste Titel der dritten pars, dieser die Bezeichnung de rebus verschaffte; und im Schulgebrauch der Commentare, wo man deren Bücher innerhalb der partes unter Beifügung des ersten Titels der pars besonders bezifferte, bezeichnete man z. B. das zweite Buch der pars de iudiciis als lib. II de iudiciis[3]), ganz wie man nach Fr. Vat. 266 das erste Buch der pars de rebus als lib. I de rebus creditis bezeichnete. Es ist nun gewiss an sich schon zu vermuten, dass die wichtigsten und meistgebrauchten Edictcommentare jener Schuleinteilung insofern eine Handhabe boten, dass die Anfänge der partes in ihnen die Anfänge von Büchern bildeten, und es ist darum durchaus unwahrscheinlich, dass die in gegenwärtigem § behandelten Edicte, die mitten in Ulp. 14 gehören, schon

1) Fr. 8 § 16 h. t.: si ex causa de inofficiosi cognouerit iudex, ...

2) Cf. c. Omnem § 1.

3) Vgl. das Fragment de dediticiis der Berliner Bibliothek (Zschr. d. Sav.-Stift. I S. 95).

ein Bestandteil des ersten Titels der pars de iudiciis sind. Dazu kommt aber, dass wir sowohl bei Paulus als bei Ulpian den nach Erledigung der Präjudicialedicte und der Querel beginnenden neuen Büchern — Paul. 17. Ulp. 15 — noch jetzt deutlich ansehen können, dass die Juristen diese Bücher als den Anfang eines neuen Edictabschnitts betrachteten. Wir begegnen hier Erörterungen über imperium[1]), iudicis datio, officium iudicis u. dgl.[2]), die keinen Bezug auf eine bestimmte Edictsclausel haben und durch ihren allgemeinen Inhalt sich deutlich als Einleitung eines neuen Abschnitts — des Abschnitts von der ordentlichen Rechtshilfe[3]) — charakterisiren. Diese Tatsache lässt m. E. allen Zweifel darüber schwinden, dass die pars de iudiciis erst bei Ulp. 15. Paul. 17 beginnt, und dass wir also im Rechte sind, wenn wir die Edicte über die Verhütung ungehöriger Präjudicien unter einen Specialtitel stellen.

Tit. XIV.

DE IUDICIIS OMNIBUS[4]).

Ulp. 22. 23[5]), Paul. 17. 18, Gai. 5. 6, Julian. 8 (?). 9.

§ 53. DE INTERROGATIONIBUS IN IURE FACIENDIS[6]).

Ulp. 22[7]), Paul. 17[8]), Callistr. 2[9]).

Dies Edict lässt sich in Ulpians Commentar in seinen Bestandteilen genau nachweisen. Nach einleitenden Bemerkungen in fr. 2, 4 pr. h. t. bespricht der Jurist nach einander folgende Edictstücke:

1. Qui in iure interrogatus . . . . . respondrit, Ulp. 22 fr. 4 § 1:
   Quod ait praetor: „qui in iure interrogatus responderit“. . . .

2. Interrogatus an heres uel quota ex parte sit[10]), responderit, Ulp. 22 fr. 6, 9, 11 pr.[11]).

1) Ulp. 15 fr. un. de off. praef. Aug. (1. 17).

2) Paul. 17 fr. 12 de iudic. (5. 1), fr. 3, 36, 38 de re iud. (42. 1), fr. 6 de ui (43. 16), fr. 35 de V. S. (50. 16).

3) Vgl. oben S. 19 fgg.

4) D. (5. 1), C. (3. 1) de iudiciis. Paul. I 12 de iudiciis omnibus. Einleitung zu dem mit obigem Titel beginnenden neuen Abschnitt des Edicts enthalten, ausser den oben n. 1. 2 angeführten Stellen aus Paul. 17. Ulp. 15, noch die sämmtlichen erhaltenen Fragmente aus Julian. 5: fr. 3 de off. eius cui mand. (1. 21), fr. 74 de iudic. (5. 1), fr. 60 de re iud. (42. 1), fr. 79 de legat. I. Die letzte Stelle behandelt den Fall „si quis testamento suo Titio et Seio decem dari iusserit“ und entscheidet, dass hier nicht Jeder zehn zu beanspruchen habe. Man denke dabei an die condemnatio „N^m N^m Titio et Seio decem condemna“.

5) Ueber die Ursache, warum hier Ulpian und Julian die Edictsordnung verlassen, s. S. 7 fgg.

6) D. (11. 1). Ob die Edictsrubrik wirklich so allgemein lautete, da doch das hier proponirte Edict nur den einen Fall der interrogationes (den an heres sit) betrifft, lasse ich dahingestellt.

7) Fr. 2, 4, 6, 9, 11, 21 h. t., fr. 44 ad SC Treb. (36. 1) cf. fr. 9 § 7, fr 11 § 3 h. t.; fr. 17 de iudic. (5. 1)?

8) Fr. 3, 12 h. t.; fr. 9 depos. (16. 3)?

9) Fr. 1 pr. h. t. Fr. 1 § 1 ist interpolirt.

10) Wegen der Worte vgl. fr. 5, 6 § 1, 9 § 3. 5 h. t.

11) Wegen fr. 11 pr. vgl. Demelius, die Confessio im röm. Civilprozess (1880) S. 303. Eben hieher gehört auch Ulp. 22 fr. 21 h. t.,

3. den Schlusssatz zum Vorhergehenden, wörtlich nicht erhalten, dem Sinne nach aber: in eum ex sua responsione iudicium dabo. Ulp. 22 fr. 11 § 1, 2.

4. Verheissung eines iudicium in solidum wider denjenigen, der a. obwohl Erbe, seine Erbenqualität auf interrogatio geläugnet, oder b. obwohl Erbe ex maiore parte, zu einem geringeren Teil Erbe zu sein behauptet, wie auch c. gegen denjenigen, der auf die interrogatio in iure überhaupt nicht geantwortet hat. Ulp. 22 fr. 11 § 3—7 h. t.[1]) Von diesem Edictstück sind nur die auf den letztgenannten Fall bezüglichen Worte

OMNINO NON RESPONDISSE

in fr. 11 § 5 überliefert[2]), wobei man an ein „si . . . . . . omnino non respondisse uidebitur" (vgl. fr. 11 § 5) oder auch an ein „si . . . . dicetur" denken mag. An letzterer Fassung darf man nicht etwa um desswillen Anstoss nehmen, weil es in der unter Ziff. 1 erwähnten Clausel „qui responderit" heisst — solche Verschiedenheiten der Fassung innerhalb desselben Edicts kommen bekanntlich auch sonst vor —, noch auch um desswillen, weil der Prätor ja sofort habe sehen müssen, ob der Beklagte antworte oder nicht, hier also von einem blossen dici der klagenden Partei nicht die Rede sein könne: denn die Erbittung der actio folgte durchaus nicht regelmässig unmittelbar auf die interrogatio; letztere, wie auch die Antwort oder Nichtantwort, waren, wenn bestritten, in iudicio zu beweisen[3]); ihre Bezeichnung als Gegenstand einer Parteibehauptung in iure könnte daher nicht auffallen.

Gewährt über das Edict Ulpian vollen Aufschluss, so lässt er uns dagegen hinsichtlich der Formeln durchaus im Stich; die Compilatoren haben den die actiones interrogatoriae betreffenden Abschnitt aus naheliegenden Gründen gänzlich gestrichen. Es ist daher kein Wunder, dass alle bisherigen Reconstructionsversuche wenig befriedigend sind.

Die Formel ex responsione reconstruirt Savigny[4]) folgender Massen:

> Quod N^s N^s interrogatus respondit se esse Seii heredem ex semisse, s. p. Seium A^o A^o C dare oportere, N^m N^m A^o A^o in L c. s. n. p. a.

Als ob (von anderm abzusehen) der todte Seius noch etwas schuldig sein könnte.

Rudorff hatte zuerst[5]):

vgl. Demelius, a. a. O. S. 298 fgg. Dagegen halte ich fr. 9 § 8 h. t., eine Stelle, die durchaus nicht in den Zusammenhang passt, wo sie jetzt steht, — vgl. über sie: Demelius, a. a. O. S. 338 fgg. — für interpolirt, vielleicht aus Ulpians Commentar zum Edict über die Noxalklagen.

1) Die Ordnung des Commentars war offenbar folgende:

a) Si is qui heres esse dicetur negauerit se heredem esse. Das hieher Gehörige haben die Compilatoren gestrichen. Dass es vorausstand, folgt aus fr. 11 § 4, wo die edictale Behandlung des Falls bereits als erörtert vorausgesetzt wird.

b) Si is qui ex maiore parte heres esse dicetur responderit se ex minore parte heredem esse: fr. 11 § 3.

c) Si omnino non responderit: fr. 11 § 4. 5.

d) Si obscure responderit: fr. 11 § 6. 7.

e) Ergänzende Bemerkungen über Restitution und Rücknahme der Antwort: fr. 11 § 8 —ult.

2) Diese Worte sind in fr. 11 § 5, wie sich aus der nachgewiesenen Ordnung des Commentars ergibt, als Edicts- und nicht als Formelworte citirt. Ich glaube dies ausdrücklich hervorheben zu sollen, weil das Missverständniss des Infinitivs nahe liegt.

3) Fr. 18 § 2 de prob. (22. 3).

4) System, VII S. 23 fg.

5) R. G. II S. 277.

S. p. L. Titium A° C dare oportere, qua ex parte N[s] A° in iure interrogante respondit se heredem L. Titio extitisse, ex ea parte rel.

Das ist nur eine neue und zwar schwerlich verbesserte Auflage der Savigny'schen Formel. Im E. P. (§ 80) hat denn auch Rudorff einen neuen Vorschlag:

S. p. L. Titium, si uiueret, A° A° X milia dare oportere, quod (quota ex parte) N[s] N[s] in iure interrogatus se Luci Titi heredem esse respondit, eius (ex ea parte) iudex rel.

Si uiueret! Eine ungeheuerliche Fiction, die sich insufficient erweist, sobald man versucht, sie für praktische Fragen, wie z. B. die Wirkung von Abschlagszahlungen seitens der Erben durchzuführen[1]).

Demelius, der die frühern Reconstructionsversuche einer treffenden Kritik unterworfen hat[2]), reconstruirt selbst[3]):

S. p. N[m] N[m], qui in iure interrogatus respondit, se Lucii Titii heredem esse, A° A° centum dare oportere, N[m] N[m] A° A° centum c. s. n. p. a.

Allein einmal: nach Demelius' Formel müsste, wie er in der Tat annimmt, die interrogatio in iure eine civile Verpflichtung hervorgebracht haben, was weder erwiesen noch glaublich ist; zweitens: wenn die Voraussetzung richtig wäre, wäre die Formel, die den eigentlichen Obligationsgrund nur so nebenbei in einen Relativsatz schachtelt, mangelhaft gefasst und könnte drittens: die erhobene actio interrogatoria nimmermehr die mit ihr weder sachlich noch äusserlich identische Klage wider den wirklichen Erben consumiren, was doch nach fr. 18 h. t. gleichwohl der Fall ist[4]).

Endlich Krüger, in seiner Recension der Demelius'schen Schrift[5]), schlägt vor:

Ea res agatur, quod N[s] N[s] in iure interrogatus respondit se L. Titio ex asse heredem esse. Si N[s] N[s] ex asse L. Titio heres esset, tum si rel.

Aber mit Recht erklärt es Demelius für unnatürlich, Jemanden, der sich öffentlich vor dem Magistrat als heres bekannt hat, als Erben erst noch zu fingiren.

Diese Uebersicht ist nicht gerade ermutigend; soll gleichwohl festgestellt werden, was sich mit Wahrscheinlichkeit über die Fassung der Formeln ermitteln lässt, so dürfte es das Folgende sein. Die Erwähnung der interrogatio und responsio[6]) ist, mit Krüger, sehr wahrscheinlich in eine praescriptio zu fassen. Jede andere Fassung führt bei an sich schon einiger Massen verwickelten Formeln zu unerträglichen Verschachtelungen[7]). Für die Fassung der intentio muss der Gedanke massgebend gewesen sein, dass durch die responsio se heredem esse der Respondent, möge er nun wirklich Erbe sein oder nicht, die

1) Demelius, a. a. O. S. 275 fgg.

2) a. a. O. S. 274 fg.

3) a. a. O. S. 281.

4) Vgl. Krüger, krit. Vjschr. XXII, S. 418 fgg.

5) a. a. O. S. 420.

6) Dass eine solche Erwähnung in der Formel geschah, beweist nicht nur der Name interrogatoria actio, sondern speciell noch fr. 18 § 2 de prob. (22. 3). Demelius, a. a. O. S. 271 fg.

7) Kellers (C. P. n. 606) Einwand gegen die Präscriptionsform, dass auf diese Weise „alles weitere dem officium iudicis anheimgefallen wäre", ist mir nicht recht verständlich.

Defension des defunctus übernehmen zu wollen erklärt[1]): daher wird, wie bei allen defensionsweise übernommenen Klagen, die intentio auf den Namen des defunctus gestellt gewesen sein, freilich nicht in der Art, wie Savigny will, wohl aber vielleicht in der Form:

> s. p. Lucii hereditatis nomine (pro parte dimidia) A° A° decem dari oportere.

Die so gefasste Formel würde den Gedanken ausdrücken: da Nˢ Nˢ bekannt hat, des Lucius Erbe zu sein, so muss er, wenn die behauptete Erbschaftsschuld wirklich existirt, condemnirt werden. Und ich meine, dieser Gedanke empfiehlt sich durch seine Natürlichkeit, und die gewählte Fassung erklärt aufs Beste, warum nach fr. 18 h. t. die Erbschaftsforderung durch die actio interrogatoria consumirt wird. Was aber ganz besonders für meinen Vorschlag spricht, ist, dass für die interrogatorische Noxalklage (§ 58) die entsprechende unpersönliche Fassung aus den Quellen nachweisbar ist, so dass der Analogieschluss sich Jedermann aufdrängen muss.

Wenn ich bei derjenigen actio interrogatoria, die ex responsione erteilt wird, die ficticische Fassung als unnatürlich zurückgewiesen habe, so kann dem Versuch, die actio wegen falscher Antwort oder wegen omnino non respondisse ficticisch zu fassen, der gleiche Vorwurf natürlich nicht gemacht werden. Gleichwohl kann ich mich auch hier nicht dazu entschliessen, Krüger[2]) auf den Weg der Fiction zu folgen, und zwar zunächst desswegen nicht, weil wir hier, wo die ficticische Wendung „perinde ac si heres esset" ganz abgesehen von der Fassung der Formel sich fast von selbst aufdrängt, dieser Wendung, wenn die Formel so gefasst gewesen wäre, gewiss in den Quellen begegnen würden: Ulpian aber sagt in fr. 11 § 3. 4 h. t. immer nur einfach: in solidum conuenitur. Sodann aber: wenn die actio ex responsione nicht ficticisch gefasst war, und deren intentio an sich auch hier brauchbar war, so ist es doch wohl am wahrscheinlichsten, dass man an dieser intentio auch bei den andern actiones interrogatoriae festhielt, also beispielsweise hier so formulirte:

> *Ea res agatur, quod Nˢ Nˢ, cum L. Titio heres esset, in iure interrogatus, an (quota ex parte) L. Titio heres esset, non respondit.* S. p. L. Titii hereditatis nomine A° A° decem dari oportere, iudex Nᵐ Nᵐ A° A° decem c. s. n. p. a.

§ 54. DE IUREIURANDO[3]).

Ulp. 22[4]), Paul. 18[5]), Gai. 5[6]), Julian. 9[7]).

Das Edict de iureiurando wird von Rudorff (E. P. § 81) sonderbarer Weise als eine Art Anhang zu dem Edict über die interrogatio an seruum in

1) Vgl. Demelius, a. a. O. S. 254 fgg. und namentlich fr. 4 i. f. de reb. auct. iud. (42. 5): si quis ... heredem se *re*spondendo ..... defunctum defendat.

2) Ich halte es nicht für nötig, auch hier auf alle älteren Versuche einzugehen. Vgl. Demelius, a. a. O. S. 286 fgg., und gegen dessen eigenen Versuch wieder: Krüger, a. a. O. S. 419.

3) D. (12. 2).

4) Fr. 3, 5, 7, 9, 11, 13 h. t.

5) Fr. 2, 4, 6, 8, 10, 17, 20, 22, 26, 28, 30 h. t., fr. 14 de act. rer. amot. (25. 2), fr. 5 de exc. (44. 1). Fr. 6 h. t. ist fälschlich Paul. 19 inscribirt, vgl. Ulp. 22 fr. 5 § 4, 9 § 1 h. t.

6) Fr. 1, 21 h. t. Ueber fr. 27 h. t. vgl. oben S. 104 n. 20.

7) Fr. 12 h. t., fr. 24 de exc. r. iud. (44. 2).

potestate habeat behandelt, ein Missgriff, der sich nicht nur durch den Gesammtinhalt der Commentare, sondern schon dadurch widerlegt, dass jener Fall der interrogatio bei Ulpian erst lib. 23, unser Edict aber schon lib. 22 besprochen wird[1]).

Es zerfällt aber unser Edict in zwei Abschnitte. Der eine verheisst für den Fall, dass der zu Belangende den deferirten Schiedseid leistet oder er ihm erlassen wird, denegatio actionis und ist, mit Ausnahme des den Erlass betreffenden Zwischensatzes, bei Ulp. 22 fr. 3 pr., fr. 7 pr. h. t. vollständig citirt. Er lautet:

> SI IS CUM QUO AGETUR CONDICIONE DELATA IURAUERIT[2]) *siue, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum fuerit*[3]), EIUS REI, DE QUA IUSIURANDUM DELATUM FUERIT, NEQUE IN IPSUM NEQUE IN EUM AD QUEM EA RES PERTINET ACTIONEM DABO[4]).

Der zweite Abschnitt verhiess unter den gleichen Voraussetzungen dem Kläger eine actio „in qua hoc solum quaeritur, an iurauerit dari sibi oportere uel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit"[5]). Die Edictmässigkeit dieser Klage ist ausdrücklich überliefert[6]), und die Commentare zeigen auf Schritt und Tritt, dass sie just hier proponirt war[7]); dass daher Rudorff dieselbe erst in den Abschnitt de rebus creditis setzt (E. P. § 94), ist unbegreiflich.

Dem ersten Abschnitt unseres Edicts entspricht die exceptio iurisiurandi, die aber nicht hier, sondern erst im vorletzten Abschnitt des edictum perpetuum bei den Exceptionen unter der rückweisenden Rubrik QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR proponirt war[8]). Bei Erlassung unseres Edictes selbst dürfte schwerlich schon an diese exceptio, sondern vielmehr, worauf auch die eben genannte Rubrik führt, an ein eigentliches actionem non dare, d. h. denegare gedacht gewesen sein[9]). Die Frage, ob der Eid geleistet, bezw. erlassen worden sei, wurde damals im Fall der Bestreitung wohl i. d. R. noch in iure erledigt; wurde sie aber an den iudex gewiesen, so dürfte das in jener Zeit in Form einer praescriptio, d. i. einer bedingten Erteilung der actio („ea res agatur, si . . . .") geschehen sein.

Die Musterformel der actio in factum[10]) scheint auf den Fall der condictio certi berechnet gewesen zu sein — vgl. fr. 9 § 1 h. t. —; sie ist nicht überliefert; da aber nach fr. 9 § 1 cit. in derselben „hoc solum quaeritur, an iurauerit dari sibi oportere uel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit"[11]), so kann kaum ein Zweifel sein, dass die intentio für die beiden Fällen gestellt war auf

1) Vgl. auch Demelius, die Confessio, S. 306 n. 5.

2) Ulp. 22 fr. 3, fr. 5 pr.—§ 3 h. t.

3) Ulp. 22 fr. 5 § 4 cf. fr. 9 § 1 h. t., Paul. 18 fr. 6 h. t.

4) Ulp. 22 fr. 7, 9 pr. h. t., Paul. 18 fr. 8 h. t.

5) Ulp. 22 fr. 9 § 1—3 h. t., Tryphon. fr. 29 h. t., c. 8 de R. C. (4. 1).

6) Paul. 18 fr. 28 § 10 h. t., fr. 30 pr. h. t., § 11 J. de act. (4. 6).

7) Man werfe nur einen Blick auf Ulp. 22 fr. 9, 11, 13 und Paul. 18 fr. 28 § 9. 10, fr. 30 h. t.

8) Vgl. Ulp. 76 fr. 1 pr. — § 3 quar. rer. (44. 5), Paul. 71 fr. 2 pr. eod.

9) S. auch Dernburg, Festgaben f. Heffter (1873) S. 128 fgg.

10) Fr. 11 § 1 h. t.

11) Vgl. n. 5.

S. p. Am Am No No deferente iurasse Nm Nm sibi sestertium decem milia dare oportere[1])

und

S. p. Nm Nm Ao Ao, cum is illo deferente paratus esset iurare illum sibi decem milia dare oportere, iusiurandum remisisse . .,

wobei freilich beide Mal für den Wortlaut im Detail keine Garantie übernommen werden kann.

Die Anpassung für andere Actionen[2]) hat im Allgemeinen keine Schwierigkeit. Bedenken erwachen nur hinsichtlich der mit demonstratio versehenen Formeln. Konnte z. B. an die demonstratio „Quod As As . . . iurauit se deposuisse" ohne Weiteres die intentio „quidquid ob eam rem dare facere oportet ex f. b." angehängt werden? hätte der iudex hier das „ob eam rem" nicht auf das „quod iurauit" beziehen und, da aus dem Eid eine b. f. obligatio nicht hervorging, absolviren müssen? wurde hier durch Fictionen geholfen oder liess man die Formel trotz der kleinen Ungenauigkeit durchpassiren? Ich weiss die Frage nicht zu beantworten.

§ 55. *SI CUM EO AGATUR QUI INCERTUM PROMISERIT.*

Ulp. 22[3]), Paul. 18[4]).

Gai. IV. 136, 137 berichtet:

Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum *pro*mi*s*erit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formula*e* loco demonstrationis, hoc modo: IUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS DE N. NEGIDIO INCERT*UM*[5]) STIP*ULATUS EST*, CUIUS REI DIES FUIT, QUI*D*QUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A° *A°* DARE FACERE OPORTET et reliqu*a*. Si cum sponsore aut fideiussore agat*ur*, praescribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo: EA RES AGATUR, Q*UOD* A. AGERIUS DE L. TITIO INCERTUM STIPULATUS EST, QUO NOMINE N. NEGIDIUS SPONSOR EST, CUIUS REI DIES FUIT; in persona uero fideiussoris: EA RES AGAT*UR*, QUOD N. NEGIDIUS PRO L. *TI*TIO INCERTUM FIDE SUA ESSE IUSSIT, CUIUS *REI* D*I*E*S* FUIT. deinde formula subicitur.

Diese drei Formeln setzt Rudorff (E. P. § 78) an den Schluss desjenigen Edictabschnitts, der von den Rechtsverhältnissen der Bürgen handelt. Es muss hiegegen Einspruch erhoben werden. Vor Allem: wie kommt die Formel, die wider den Hauptschuldner aus stipulatio incerti proponirt ist, in den Abschnitt von der Bürgschaft, in die Nachbarschaft der lex Cornelia und

1) Rudorff (E. P. § 94) hat: s. p. Am Am No No deferente iurasse HS tot sibi deberi neque eam pecuniam ei solutam esse. Das unpersönliche sibi deberi ist, wie auch der Ausdruck debere statt dare oportere, gewiss nicht wahrscheinlich; der Zusatz hinsichtlich der Zahlung ist, da er auch die vor dem Eid geleistete Zahlung wirksam machen würde, in dieser Form jedenfalls verkehrt, überhaupt aber, auch in jeder andern Form, unbezeugt und überflüssig, da man sich in dieser Hinsicht auf das officium iudicis verlassen konnte.

2) Vgl. Ulp. 22 fr. 9 § 7, fr. 11, 13 h. t.

3) Fr. 75 de V. O. (45. 1).

4) Fr. 76 eod., fr. 29 de fideiuss. (46. 1).

5) Vgl. über die Ständigkeit dieses Worts namentlich Krüger, Consumtion (1864) S. 59 fg. Literatur bei Baron, die Condictionen (1881) S. 225 n. 9.

Cicereia und der epistula diui Hadriani? Rudorff meint: als Anhang zu den wider die Adpromissoren proponirten Formeln. Allein, abgesehen von der Unnatürlichkeit dieser Annahme, muss hervorgehoben werden: einmal, dass in dem Bericht des Gaius nur die Formel gegen den promissor selbst als proponirt bezeichnet wird, während es von den übrigen nur „praescribi solet“ heisst, so dass nicht einmal bewiesen ist, dass diese letztern auch nur im Album standen[1]); zweitens aber und entscheidend: als Hauptbelegstelle für unsere Formeln ist neben Ulp. 22 fr. 75 de V. O. (45. 1), einer Stelle, die ihrer Inscription nach allerdings zu dem Edictsabschnitt von der Bürgschaft gehören könnte[2]), anzusehen: Paul. *18* fr. 76 eod., ein Fragment, das, wie jenes erstere, von der stipulatio incerti handelt, durch seinen Inhalt sogar noch weit deutlicher die Beziehung auf die obigen Formeln verrät[3]), durch seine Inscription aber die Verweisung zur Bürgschaft (Paul. 24. 25) entschieden verbietet. Die Zusammenhaltung von Ulp. 22 und Paul. 18 zwingt vielmehr dazu, jene Formeln sämmtlich unter den Titel de iudiciis omnibus zu verweisen, und diesen Platz dürften sie ohne Zweifel der vom Prätor eingefügten praescriptio „cuius rei dies fuit“ verdankt haben. Ich vermute, dass der Prätor in besonderm Edict erklärte, in den von Gaius erwähnten Fällen — oder vielleicht auch ausdrücklich nur für den Fall si cum eo agatur qui incertum promiserit — Judicium mit Beschränkung auf das bereits Verfallene erteilen zu wollen.

Die Vervollständigung der Gaianischen Formeln bietet in der Hauptsache keine Schwierigkeit. An das „quidquid . . . . oportet“ der actio ex stipulatu lehnte sich unmittelbar das „eius iudex N^m^ N^m^ A° A° c. s. n. p. a.“ der condemnatio an. Und was die wider die Adpromissoren erteilte Formel angeht, so werden wir hinter der mitgeteilten praescriptio nicht etwa erst noch eine neue demonstratio zu erwarten haben, sondern jene praescriptio vertrat die demonstratio, und unmittelbar auf sie folgte daher das „quidquid . . . . oportet, eius c. s. n. p. a.“[4]) Dieses letztere wird zwar von Huschke[5]) energisch bestritten, der vor die intentio noch eine neue besondere demonstratio einschieben will. Für diese Weitläufigkeit fehlt es aber, soweit ich sehe, sowohl an äusserm Beweis wie an innerm Grund. An äusserm Beweis: das kurze, sei es auch ungenaue „deinde formula subicitur“ bei Gai. IV. 137 i. f. kann m. E. als solcher nicht gelten. An innerm Grund: Huschke meint, die von Gaius überlieferte praescriptio sei zweideutig gewesen, insofern man nämlich die Worte cuius rei dies fuit zunächst auf quo nomine N^s^ N^s^ sponsor est hätte ziehen können und müssen, was dann den Sinn gegeben

1) Standen sie im Album, so dürften sie wohl erst hinter der Formel wider den Hauptschuldner proponirt gewesen sein. Vgl. Ulp. *23* fr. 135 de R. J. (50. 17) mit Paul. 18 fr. 29 de fideiuss. (46. 1). Doch ist die Beziehung ersterer Stelle zu zweifelhaft, als dass ich sie zur Grundlage einer bestimmteren Vermutung machen möchte.

2) Vgl. § 83—88. Wegen des Ulpianschen Systems vgl. oben S. 7 fg.

3) Vgl. namentlich fr. 76 § 1 cit.: Cum stipulamur „quidquid te dare facere oportet“ id quod praesenti die dumtaxat debetur in stipulationem deducitur, non ut in iudiciis etiam futurum . . . . Die Beziehung der Stelle zur praescriptio cuius rei dies fuit liegt auf der Hand.

4) So Keller, C. Pr. bei n. 476, Rudorff, E. P. § 78 und, wiewohl zweifelnd, Bekker, proc. Consumtion S. 333.

5) Gaius, S. 78. Vgl. denselben, Zschr. f. gesch. R. W. XIII S. 330 fgg.

hätte: N^s N^s sei nur für den bereits fälligen Teil der Hauptschuld Sponsor geworden; diese Zweideutigkeit habe durch eine nachfolgende demonstratio behoben werden müssen. Allein ich glaube, diese Zweideutigkeit, wenn sie überhaupt bedenklich gefunden wurde, hätte den Römern zu allererst die überlieferte praescriptio selbst anstössig machen müssen; tat sie das nicht, so kann sie uns auch nicht veranlassen, der richtig verstanden die demonstratio völlig ersetzenden praescriptio noch eine ganz überflüssige neue demonstratio anzuhängen. Wenn man aber fragt, warum denn überhaupt gegen den Hauptschuldner demonstrirt, hier aber präscribirt worden, so ist die Frage freilich bei der Geringfügigkeit unserer Kenntniss des römischen Formelwesens schwer zu beantworten: wir wissen ja überhaupt nicht, in welchem Umfang praescriptiones statt demonstratio vorkamen. Diese Unkenntniss kann aber für uns kein Grund sein, eine tautologische Formel, wie sie Huschke will, zu acceptiren. Vielleicht, dass die Klagen gegen Adpromissoren durchweg die res qua de agitur in Praescriptionsform demonstrirten.

Eine wirklich zweifelhafte Frage ist dagegen die, ob wir die Formel der actio ex stipulatu nicht mit einer taxatio versehen müssen. Dafür spricht entschieden Gai. IV. 51:

> est enim una (condemnatio) *cum* aliqua praefinitione, quae uulgo dicitur cum taxatione, uelut si incertum aliquid petamus: nam illic ima parte formulae ita est: iudex N^m N^m A^o A^o dumtaxat sestertium X milia condemn*a*.

Dafür sprechen ferner die taxirten Formeln der lex Rubria c. 20. Auch könnte es an sich nicht befremden, wenn von demjenigen, der eine actio incerti erhob, verlangt worden wäre, dass er das Maximum seiner Forderung in eine taxatio fasse, die der Prätor als Regel unbesehen der Formel angefügt, nach Umständen aber auch ermässigt haben würde. Gleichwohl liegt die Sache nicht ganz glatt. Gaius kann entschieden nicht haben sagen wollen, dass alle actiones incerti eine taxatio hätten: hat doch schon die von ihm selbst — IV. 47 — angeführte formula depositi keine solche. Wir müssen also eine Grenze ziehen, und die Frage, wo dieselbe zu ziehen ist, ist nach Lage der Quellen nicht mit Sicherheit zu beantworten[1]). Einer allzu einengenden Interpretation[2]) scheint mir aber die Gaiusstelle sehr energisch zu widerstreben, und so halte ich, mit Rücksicht auf die Formeln der lex Rubria, die Anwendung der taxatio gerade auf die actio ex stipulatu für überaus wahrscheinlich[3]).

1) Verschiedene Ansichten bei Heffter ad Gai. instit. p. 72 sq., Huschke, anal. liter. p. 253—276, Gaius S. 237 fg., Zimmern, C. Pr. § 57 S. 167, Dernburg (übereinstimmend mit Huschke), krit. Zschr. I S. 474 fg., Hefke, a. a. O. S. 22 fgg. (vgl. Brinz, krit. Vjschr. XXI S. 583 fg.).

2) Wie sie von Hefke a. a. O. versucht wird.

3) Dessgleichen auch die Anwendung auf diejenigen b. f. iudicia, die nicht auf ein restituere gerichtet sind. Bei der Unmöglichkeit, hier irgendwo zu einer festen Entscheidung zu gelangen, gehe ich auf die Frage auch späterhin nicht weiter ein. Doch sei bemerkt, dass für die behauptete Anwendung der taxatio c. 4 de A. E. V. (4. 49) sehr energisch spricht. Die Stelle kann ohne Zwang kaum anders als auf eine taxirte actio empti gedeutet werden. Der Kläger Mucianus hatte sich darüber beschwert, dass der Präses seine (des Klägers) taxatio zu stark ermässigt habe; die Kaiser rescribiren, der Präses habe das volle nach seinem Ermessen vorhandene Interesse an der Erfüllung des Kaufs (also namentlich nicht bloss das damnum emergens) der taxatio zu Grunde zu

§ 56. *IN BONAE FIDEI IUDICIIS QUEMADMODUM PRAESCRIBATUR?*

Ulp. 23[1]), Paul. 18[2]), Julian. 8[3])(?).

Die Einsicht, dass die eben betrachteten Formeln ihre Stellung im Edict der praescriptio „cuius rei dies fuit" verdanken, legt den Gedanken nahe, auch noch die übrigen praescriptiones pro actore in diesem Zusammenhang des Edicts zu suchen, und diese Vermutung wird durch die in n. 1 und 2 angeführten Stellen, die sämmtlich von bonae fidei iudicia handeln, bestätigt. Es genügt fast, deren Wortlaut hieher zu setzen.

Ulp. 23 fr. 43 mand. (17. 1):

> Qui mandatum suscepit, ut pecunias in diem collocaret, isque hoc fecerit, mandati conueniendus est, ut cum dilatione temporis actionibus cedat.

Ulp. 23 fr. 8 de adm. (26. 7):

> Si tutelae agat is, cuius tutela administrata est, dicendum est nonnumquam diem creditae pecuniae exspectandam, si forte tutor pecunias crediderit pupilli nomine, quarum exigendarum dies nondum uenit. sane quod ad pecunias attinet, ita demum uerum est, si potuit et debuit credere: ceterum si non debet credere, non exspectabitur.

Beide Stellen handeln von der Frage, welche praestationes des Schuldners (Mandatars und Tutors) als praesentes, welche als futurae anzusehen seien, d. h. einer Grund- und Hauptfrage der Praescriptionslehre, vgl. Gai. IV. 131.

Ulp. 23 fr. 33 de A. E. V. (19. 1):

> Et si uno pretio plures res emptae sint, de singulis ex empto et uendito agi potest.

Es handelt sich hier darum, ob, wer mehrere Sachen zusammen ge- oder verkauft hat und nur wegen einer klagen will, einer Praescription bedarf oder die demonstratio auf eine beschränken kann.

Paul. 18 fr. 20 depos. (16. 3):

> Si sine dolo malo rem depositam tibi amiseris, nec depositi teneris nec cauere debes, si deprehenderis eam reddi: si tamen ad te iterum peruenerit, depositi teneris.

Dem Juristen lag hier die Frage vor, ob mit einer praescriptio „E. r. a. de cautione praestanda" oder überhaupt noch gar nicht geklagt werden könne.

Nach alledem halte ich es für sehr wahrscheinlich, dass im Edict eine Rubrik des in der Ueberschrift dieses § angegebenen Inhalts stand: In bonae fidei iudiciis quemadmodum praescribatur.

§ 57. *SI INCERTUM CONDICATUR?*

Julian. 8[4]) ?

Ich habe für die Annahme obiger Rubrik an dieser Stelle des Edicts keine genügende äussere Beglaubigung. Denn das in n. 1 angeführte Frag-

legen. Dass zur Zeit des Rescripts (a. 290) Condemnationsanweisungen cum taxatione nicht mehr hätten vorkommen können (so wieder Hefke, a. a. O. S. 29), ist m. E. entschieden zu viel behauptet.

1) Fr. 43 mand. (17. 1), fr. 33 de A. E. V. (19. 1), fr. 8 de adm. tut. (26. 7).
2) Fr. 20 depos. (16. 3).
3) Cit. fr. 4 de rescind. uend. (18. 5).
4) Fr. 3 de cond. sine causa (12. 7).

ment kann schwerlich als solche gelten, wenn es auch nicht leicht halten dürfte, auf andere Weise zu erklären, wie die daselbst getane Aeusserung über die condictio incerti in das 8te Buch Julians kommt. Der eigentliche Grund, der mich bestimmt, diese Rubrik hieher zu setzen, ist der, dass es einerseits an einem sonstigen Ort für die Placirung der condictio incerti gebricht, und dass andererseits diese condictio m. E. sehr wahrscheinlich immer mit einer praescriptio erhoben wurde, wodurch die Nachbarschaft zu den § 55. 56 behandelten Materien genügend erklärt sein würde.

Ueber die Frage, wie die Formel der condictio incerti zu fassen, besteht bekanntlich nichts weniger als Einstimmigkeit. Die zweifellos herrschende Ansicht — die Anführung von Belegen wird überflüssig sein — ist die Savigny'sche[1]), wonach ihre intentio auf quidquid dari fieri oportet gestellt war. Dagegen nehmen Karlowa[2]) und Baron[3]) eine je nach Lage des Falls specialisirte intentio an, also z. B.: *s. p.* N^m N^m *eam stipulationem, quam* A^s A^s *ei repromisit,* A^o A^o *acceptam facere oportere, iudex,* N^m N^m A^o A^o *q. e. r. e. c. s. n. p. a.*, und derselben Ansicht dürfte auch Bekker sein, dessen Vorschlag[4]) „s. p. N^m A^o [incertum . . . .] dare facere oportere“ ja wohl nur als ein nach Massgabe des Klagbegehrens zu specialisirendes Formular aufgefasst sein will. Ich meinerseits muss mich für die herrschende Meinung als die innerlich wahrscheinlichere erklären. Eine nach Art der obigen specialisirte intentio auf facere ist uns nirgends auch nur andeutungsweise überliefert. Der ganze Unterschied zwischen certum und incertum, actio certi und incerti aber setzt m. E. die Unmöglichkeit einer solchen intentio voraus: wie hätten die Römer jemals darauf kommen oder dabei bleiben können, aus der auf ein facere, ja auf ein einiger Massen unbestimmtes dare gerichteten Stipulation die in § 55 erwähnte Formel zu gewähren, wenn ihnen eine auf facere oportere gestellte bestimmte Formel geläufig gewesen wäre? Ich finde aber auch in der Ausdrucksweise der Quellen ein unübersteigliches Hinderniss für die Annahme einer specialisirten intentio. Gewiss finden sich in ihnen mitunter Wendungen, die mit einer solchen durchaus vereinbar sein würden, Wendungen wie: cautionem, stipulationem, liberationem condicere[5]). Die regelmässige Ausdrucksweise aber scheint mir eine andere zu sein und zwar eine solche, die deutlich darauf hinweist, dass die intentio nicht direct auf das Klagbegehren gerichtet war, sondern nur in ihrer Unbestimmtheit ein Mittel war, den Kläger zu dem gewünschten Ziele zu führen, z. B. incerti condictione consequi possunt, ut liberentur, oder incerti condicere posse, ut liberetur, oder incerti condictione compellam, ut mihi acceptum faciat, oder incerti condictio competit, ut patiaris u. dgl. m.[6]) Ich glaube nicht, dass man dem gegenüber auch nur einen einzigen Fall namhaft machen wird, wo ähnliche Wendungen hinsichtlich einer actio gebraucht werden, die das Klagbegehren in der intentio zum Ausdruck brachte.

1) System V, S. 605.
2) C. Pr. z. Zt. der L. A. S. 240.
3) Die Condictionen (1881) S. 230.
4) Aktionen, I S. 111 n. 34.
5) Vgl. z. B. fr. 5 § 1 de usuf. ear. rer. (7. 5), fr. 7 pr. usufr. quemadm. (7. 9), c. 1 de err. calc. (2. 5), fr. 1 pr. de cond. s. c. (12. 7).
6) Fr. 3 de cond. s. c. (12. 7), fr. 5 § 1, fr. 8 pr. de A. E. V. (19. 1), fr. 46 pr. de J. D. (23. 3), fr. 2 § 3. 4 de don. (39. 5), fr. 7 pr. § 1 de d. m. exc. (44. 4), c. 4 de cond. ob caus. (4. 6).

Verwirft man nun aber die specialisirte intentio, so bleibt nichts übrig, als die uns quellenmässig bezeugte intentio incerta[1]) auch hieher zu ziehen, und als auf ein unterstützendes Moment für diese Hypothese darf man sich wohl auf die in den Quellen erwähnten und schon von Savigny angeführten Stipulationen „quod ex causa condictionis dare facere oportet“ und „quidquid furem dare facere oportet“ berufen[2]). Aber freilich, die ganz unbestimmte intentio „quidquid N^m^ N^m^ A° A° d. f. o.“ konnte unmöglich für sich allein stehen: ihr muss eine praescriptio oder demonstratio vorausgegangen sein. Eine praescriptio oder demonstratio welchen Inhalts? Man möchte zunächst an eine solche denken, die die causa agendi klar stellte, also z. B.: E. R. A. quod A^s^ A^s^ N° N° decem indebite promisit. Allein hiegegen sprechen zwei Dinge sehr entschieden. Einmal der Umstand, dass die condictio incerti sich historisch aus der condictio certi herausentwickelt hat: das Wesen der condictio certi besteht aber, wie wir später sehen werden (§ 95), gerade darin, dass sie eine abstracte Klage ist, die die causa agendi verschweigt und eben darum geeignet ist, die verschiedensten Obligationsgründe in sich aufzunehmen. Zweitens aber wäre bei obiger Formulirung das Nebeneinanderstehen von condictio incerti und actio praescriptis uerbis[3]) völlig unbegreiflich: wie hätte bei derartiger Fassung den beiden Actionen, die beide im gleichen Fall zuständig sein konnten, ihr verschiedenes Ziel angesehen werden können? Wir würden, wenn jene Fassung richtig wäre, vielmehr sicher statt der beiden Klagen nur eine einzige vorfinden, innerhalb deren sich dann die historische Entwicklung der Innominatcontracte hätte abspielen mögen. Ist dem aber so, dann bleibt nur ein Ausweg: die vermutliche praescriptio enthielt nicht die causa agendi, sondern die Spezialisirung des Klagbegehrens, sie gab der unbestimmten intentio die notwendige Einschränkung, also z. B.: *E. R. A. de decem, quae A^s^ A^s^ N° N° stipulanti promisit, accepto ferendis.* Bei solcher Annahme begreifen wir, warum sich die condictio incerti, ein doch vollkommen praktisches Rechtsinstitut, in den erhaltenen Fragmenten der Edictcommentare nirgends ex professo behandelt findet: ihre Formel war eben, wie die der actio ex stipulatu, in untrennbarem Zusammenhang mit jener praescriptio erörtert, und es ist desshalb Alles, was die Juristen ex professo darüber sagten, von den Compilatoren gestrichen worden, wie ja den grössten Teil der Erörterungen über die Formel der actio ex stipulatu das gleiche Schicksal betroffen hat. Bei unserer Annahme verstehen wir aber auch sofort, und ohne zu Emendationen unsere Zuflucht nehmen zu müssen, eine vielbesprochene Stelle, die sich danach geradezu als Zeugniss für unsere Hypothese qualificirt, fr. 19 § 2 de prec. (43. 26):

> Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis uerbis.

Nur weil diese Stelle vereinzelt dasteht, und darum die Möglichkeit einer

1) Gai. IV 41. 136.

2) Cf. fr. 29 § 1 de V. O. (45. 1), fr. 72 § 3 de sol. (46. 3). Diese Stellen enthalten freilich nicht die directe Reproduction der in ihren Fällen (furtum) zuständigen condictio: denn das würde die condictio certi sein. Aber sie lassen erraten, wie man die intentio wider den fur gefasst haben würde, wenn nicht aus besondern Gründen wider ihn die condictio certi zugelassen worden wäre.

3) Vgl. namentlich fr. 25 de P. V. (19. 5). Bekker, Aktionen I S. 110.

Ueberarbeitung seitens der Compilatoren ins Auge zu fassen ist, berufe ich mich auf sie nicht als entscheidenden Beweis. Enthält sie wirklich den Urtext Julians, dann hat derselbe hinter dem id est praescriptis uerbis die Worte der im concreten Fall angemessenen praescriptio angegeben, und die Compilatoren haben die letztern gestrichen, in der Absicht, durch das id est praescriptis uerbis den Schein zu erwecken, als meine der Jurist hier dieselbe actio praescriptis uerbis, von deren Zuständigkeit Ulpian in fr. 2 § 2 eod. berichtet.

Zum Schluss erhebt sich die Frage, was denn die von mir empfohlene Fassung vor der doch viel einfacheren Karlowa-Baron'schen voraus hat, was also wohl die Römer bestimmt haben mag, jene dieser vorzuziehen. Ich glaube, es war das kein materieller Vorzug, — ein solcher ist nicht ersichtlich —, sondern nur allein die Tatsache, dass eine Formel mit intentio incerta und einzig eine solche Formel, im Edict proponirt, geeignet war, es klar zu stellen, dass mit dem fraglichen Rechtsmittel Ansprüche jedweden Inhalts verfolgt werden könnten. Dieselbe Erwägung, um deren willen auch die Formel der actio ex stipulatu so unbestimmt gefasst ist, dass sie keinerlei Aufschluss über den Inhalt der Stipulation gibt.

Die condemnatio der condictio incerti denke ich mir nach Gai. IV 51 als taxirte.

§ 58. DE NOXALIBUS ACTIONIBUS[1]).

Ulp. 23[2]), Paul. 18[3]), Gai. 6[4]), Julian. 9[5]), Callistr. 2[6]).

Ulp. 23 fr. 21 § 2 h. t.:

> Praetor ait: SI IS IN CUIUS POTESTATE[7]) ESSE DICETUR NEGABIT[8]) SE IN SUA POTESTATE SERUUM[9]) HABERE: UTRUM ACTOR UOLET[10]), UEL DEIERARE IUBEBO[11]) IN POTESTATE SUA NON ESSE NEQUE SE DOLO MALO FECISSE, QUO MINUS ESSET, UEL IUDICIUM DABO SINE NOXAE DEDITIONE[12]).

Das obige Edict ist nicht ganz wortgetreu überliefert, da es in seinem ursprünglichen Wortlaut die Noxalhaftung wegen der Delicte nicht bloss von Sklaven sondern von allen denjenigen Personen, wegen deren Noxalklage erhoben werden kann, umfasst haben muss. Im Uebrigen aber ist der Sinn des Edicts völlig klar. Nach ius ciuile untersteht nur der besitzende dominus (ich setze der Kürze halber den Fall eines Sklavendelicts) der Noxalhaftung[13]): das „in potestate esse“ ist die tatsächliche Seite der

1) D. (9. 4), C. (3, 41), J. (4. 8).

2) Fr. 21 h. t.

3) Fr. 22, 24, 26 eod., fr. 7 de aqua et aqu. pl. (39. 3), fr. 136 de R. J. (50. 17) cf. Ulp. 23 fr. 21 § 1 h. t.

4) Fr. 4 si ex nox. causa (2. 9), fr. 15, 23, 25, 27, 29 h. t.

5) Fr. 39 h. t.

6) Fr. 32 h. t.

7) Ulp. 23 fr. 21 § 3 h. t., Paul. 18 fr. 22 pr. — § 2 h. t. Vgl. fr. 215 de V. S. (50. 16).

8) Paul. 18 fr. 22 § 3 h. t.

9) Gelegentlich unseres Edicts wurden auch noch andere analoge Fälle besprochen: Paul. 18 fr. 7 de aqu. et aqu. pl. (39. 3). Vgl. Demelius, die Confessio, S. 333 fgg.

10) Paul. 18 fr. 22 § 4 h. t.

11) Ulp. 23 fr. 21 § 4—6 h. t.

12) Paul. 18 fr. 26 pr. — § 5 h. t., vgl. fr. 12 h. t.

13) Vgl. z. B. Paul. sent. II 31 § 37, fr. 7, 12, 26 § 2 h. t., fr. 17 § 3 de furtis (47. 2), c. 21 de furt. (6. 2). Der Grundsatz war ein absolutes Gebot der Billigkeit und galt auch bei der actio legis Aquiliae; fr. 27 § 3 ad l. Aqu. (9. 2) will nicht sagen, dass der Eigentümer durante

Passivlegitimation[1]), die neben der rechtlichen, dem Eigentum, nicht fehlen darf, wenn für den dominus ein „actione teneri" vorliegen soll. Unser Edict verfolgt nun durch das dem Kläger gewährte alternative Recht den Doppelzweck, für den Beklagten die wahrheitswidrige Ableugnung des in potestate esse, wie auch die dolose Beseitigung dieser Voraussetzung seiner Haftung bedenklich und gefährlich zu machen.

Auffallend ist auf den ersten Blick, dass unser Edict nur die tatsächliche Seite der Passivlegitimation betrifft, nicht die rechtliche, und zweitens, dass es den Fall „si fatebitur" und „si non responderit" gar nicht berührt. In der Tat nun ist uns dasselbe nicht vollständig erhalten; aber so viel, als man nach dem eben Gesagten vermuten möchte, ist doch keineswegs gestrichen worden. Gestrichen nämlich ist nur ein Edict über die rechtliche Seite der Passivlegitimation (das vor unserm Edicte stand), ein Edict, in dem der Prätor mit irgend welchen Worten verhiess, denjenigen qui in iure interrogatus responderit suum esse seruum zu Uebernahme des iudicium noxale oder noxae deditio zu zwingen, gegen denjenigen aber, der auf die Frage, ob er Eigentümer sei, schwieg oder das wirklich vorhandene Eigentum leugnete, ein iudicium sine noxae deditione versprach. Ich muss hier etwas weiter ausholen[2]).

Die erste Frage, die der durch einen Sklaven Verletzte an den Gegner in iure richtete, war naturgemäss die: ob er den Sklaven als sein Eigentum bekenne; denn nach Civilrecht war nur der dominus zur Defension des Delinquenten befugt[3]). Die interrogatio in iure dieses Inhalts ist uns in zahlreichen Stellen bezeugt[4]). Wenn nun der Beklagte auf diese Frage schwieg oder sein Eigentum verneinte, dann war der Sklave indefensus; war der Sklave zugegen, so erfolgte duci iubere[5]); war er nicht zugegen, so hatte Kläger die actio ad exhibendum, um ihn beizuschaffen. Man möchte meinen, der Prätor hätte es hiebei bewenden lassen können. Allein dem war nicht so. War der Beklagte, der geschwiegen oder geleugnet hatte, wirklich Eigentümer des Sklaven, so hatte er mit dem blossen Geschehenlassen der Duction seine Pflichten dem Kläger gegenüber nicht erfüllt. Der Eigentümer des Delinquenten ist, wenn er denselben nicht defendiren will, zur noxae deditio, d. h. zu positivem Handeln, zur Uebertragung des civilen Eigentums im Wege der

fuga hafte, sondern nur, dass er (unter den gewöhnlichen Voraussetzungen) auch für die Delicte hafte, die der Sklave in fuga begehe. So schon schol. 15 bei Heimb. Basil. V p. 289. Vgl. auch l. Rom. Burg. tit. XV (monum. Germ. hist., legum III p. 606).

1) Fr. 21 § 3 h. t., fr. 215 de V. S. (50. 16): „praesentis corporis copiam facultatemque".

2) Die folgenden Bemerkungen weichen sehr wesentlich von den meisten bisherigen Darstellungen, namentlich auch von derjenigen bei Demelius, Confessio S. 304 fgg. ab. In Hauptpunkten übereinstimmend, aber nicht auf alle hier interessirenden Fragen eingehend: Bekker, das Recht des Besitzes S. 50 fgg. Polemik verbietet mir der beschränkte Zweck des Folgenden.

3) Andere nur cum satisdatione, d. h. nur als Vertreter des eigentlich Defensionsberechtigten. Cf. fr. 39 § 1. 2 h. t. Die Ausnahme zu Gunsten des Pfandgläubigers und Niessbrauchers kann hier ausser Betracht bleiben. Vgl. Bekker, Recht des Besitzes S. 51 fgg.

4) Fr. 26 § 3, 27 § 1, 39 § 1 h. t., fr. 8, 13 § 1, 14 pr., 20 pr. de interrog. (11. 1). Vgl. auch fr. 7 eod., fr. 1 § 15 si quadrupes (9. 1).

5) Wie bei Abwesenheit des dominus: fr. 2 § 1 si ex nox. cau. (2. 9), fr. 26 § 6, 28, 31, 32 h. t., fr. 6 de Publ. act. (6. 2).

mancipatio verbunden[1]). Der Kläger hatte daher ein ganz entschiedenes und wohlberechtigtes Interesse daran, von seinem Gegner in der Eigentumsfrage wahrheitsgetreu berichtet zu werden, und dieses Interesses nahm sich mit Fug der Prätor an, indem er dem Kläger, der sich im Stande fühlte, das geleugnete oder verschwiegene Eigentum des Beklagten zu beweisen, ein iudicium sine noxae deditione gewährte und so das Schweigen und Lügen für den letztern gefahrvoll machte. Die Zuständigkeit gedachten Judiciums wird durch fr. 1 § 15 si quadrupes (9. 1) zur Evidenz bewiesen.

Wie nun aber, wenn der Beklagte sein Eigentum zugestand? war nun etwa eine neue interrogatio in iure notwendig, an seruum in potestate habeat? Keineswegs. Der Kläger hatte keinerlei Anlass zu einer solchen Frage. Die Frage, die er vielmehr jetzt weiter zu stellen hatte, war die: willst du die Defension deines Sklaven übernehmen oder nicht? Denn übernahm der Gegner die Defension, so konnte es dem Kläger sehr gleichgiltig sein, ob jener besass oder nicht: es wurde dann iudicium cum noxae deditione erteilt, und die Frage, ob Beklagter den Sklaven besitze oder nicht, kam, da derselbe ja freiwillig die Defension übernommen hatte, für den Judex selbstverständlich nicht weiter in Betracht; dieser verurteilte cum noxae deditione, und brachte dann der Verurteilte den Sklaven nicht bei, so musste er eben die litis aestimatio zahlen. Lehnte dagegen der Beklagte die Defension ab, so wurde jetzt freilich die Frage, ob Beklagter besitze, erheblich, aber zunächst nicht für den Kläger, sondern für den Beklagten. Dieser nämlich durfte ja durchaus nicht das iudicium noxale pure ablehnen, sondern, nachdem er zugestanden hatte Eigentümer zu sein, musste er entweder den Sklaven noxae dediren oder seinerseits den Grund angeben, warum er dazu ausser Stande sei: negare in sua potestate esse seruum[2]). Wählte er erstern Weg, so war Alles erledigt; wählte er den letztern, so kam das Edict si negabit zur Anwendung — man achte darauf, dass in unserm Edict von einer interrogatio durchaus keine Rede ist —, und in dem auf Grund dieses Edicts gewährten iudicium sine noxae deditione war es nunmehr Sache des Klägers, den Besitz des Beklagten oder die dolose Aufgabe des Besitzes seitens desselben zu beweisen, wenn er eine Condemnation erwirken wollte. Vgl. Ulp. 23 fr. 21 pr. h. t.:

> Quotiens dominus ex noxali causa conuenitur, si nolit suscipere iudicium, in ea causa res est, ut debeat noxae dedere eum, cuius nomine iudicium non suscipitur: aut si id non faciat, iudicium suscipiet omnimodo[3]), sed[4]) non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat doloue malo fecerit, quo minus haberet.

Nunmehr wird man begreifen, wie ich dazu komme, den überlieferten Satz des Edicts folgendem Zusammenhang zuzuweisen:

1) Callistr. 2 fr. 32 h. t.: si non defendatur, ducitur; et si praesens est dominus, tradere (Callistratus schrieb ohne allen Zweifel mancipio dare) eum et de dolo promittere debet.

2) Vgl. Gai. 6 fr. 29 de noxal. act. 9. 4): (Non solum autem) qui in potestate non habet recusare potest noxale iudicium, (uerum et habenti in potestate liberum est euitare iudicium: sed huic necesse est ius suum ad actorem transferre, perinde ac si damnatus esset).

3) Nämlich das im Edict Si negabit verheissene iudicium sine noxae deditione.

4) Bei sofortiger Uebernahme des Judicium hatte also Kläger den hier namhaft gemachten Beweis nicht zu liefern (wie oben behauptet).

Qui in iure interrogatus ..... responderit suum esse seruum (filium etc.), eum aut iudicium noxale accipere aut noxae dedere[1]) cogam ....
SI IS, IN CUIUS POTESTATE ESSE DICETUR, NEGABIT etc.

Der letzte Satz sieht einfach eine Ausflucht vor, die der Bestimmung des ersten Satzes gegenüber erhoben werden kann. Ein Edict Si fatebitur se in sua potestate seruum habere war ganz überflüssig und ist nicht nur nicht nachweisbar, sondern im Gegenteil: seine Nichtexistenz ist nachweisbar. Nach allen Regeln der Wahrscheinlichkeit, wie auch nach dem Vorbild des Edicts über die interrogatio an heres sit, müsste es, wenn es existirte, vor dem Edict Si negabit gestanden haben. Dort hat es nicht gestanden: sonst könnten unmöglich Ulpian und Paulus, wie sie tun, den Begriff „in potestate esse" erst gelegentlich des Edicts Si negabit erörtern[2]). Es war aber auch nicht hinter demselben proponirt: sonst würde schwerlich Paulus den Fall „si dominus confitetur in sua potestate esse seruum" mitten im Commentar zum Edict Si negabit mit einer augenscheinlich bloss gelegentlichen Bemerkung — fr. 22 § 3 h. t.[3]) — abtun. Ebensowenig ist aber auch das Vorkommen einer interrogatio in iure „an seruum in potestate habeat" nachweisbar. Gegenüber den zahlreichen Stellen, in denen die responsio suum esse seruum bezeugt ist, steht nur eine einzige, in der von einer responsio seruum in sua potestate esse die Rede ist; in dieser Stelle aber — fr. 16 pr. de interrog. (11. 1) — ist das Wort potestas, was ja der Sprachgebrauch vollkommen erlaubte, nicht in dem rein tatsächlichen Sinne unseres Edicts, sondern, wie aus dem Inhalt (namentlich der Beiziehung der iura postliminiorum) und der Vergleichung mit § 1 der Stelle hervorgeht, in dem juristischen Sinne von dominica potestas, d. h. „in potestate esse" gleichbedeutend mit „suum esse" gebraucht[4]). Dagegen haben wir in Gai. 6 fr. 27 h. t. (s. besonders § 1) sehr wahrscheinlich noch einen Rest des Commentars zum Edict Si responderit suum esse seruum vor uns.

Was nun die Frage anlangt, wie sich auf Grund unserer Edicte die Formeln gestalteten[5]), so dürfte der Inhalt der von dem Beklagten in iure abgegebenen Erklärungen wahrscheinlich auch hier (vgl. § 53) in eine praescriptio gefasst worden sein, also z. B. E. R. A. quod N^s N^s in iure interrogatus respondit suum esse Stichum seruum oder: cum Stichus seruus eius esset, in iure interrogatus, respondit Stichum seruum suum non esse oder: E. R. A. si Stichus seruus in N^1 N^1 potestate est doloue malo eius factum est, quo minus sit[6]); all dies ohne Garantie für den Wortlaut. Ueber die Fassung der intentio

1) Vielleicht hiess es aut absentem defendere aut exhibere cogam (exhibere zum Zweck sei es des praesentem defendere sei es des noxae dedere). Vgl. Ulp. 23 fr. 21 § 4, Paul. 18 fr. 22 § 3 h. t. S. unten n. 3.

2) Ulp. 23 fr. 21 § 3 h. t., Paul. 18 fr. 22 pr. — § 2 h. t.

3) Dominus qui seruum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere: quod nisi faciat, punitur atque si praesentem non noxae dederit. Vgl. hiezu Demelius, a. a. O. S. 305 n. 2.

4) Ganz ebenso auch bei Gai. IV 77 (§ 5 J. h. t.).

5) Auf die gänzlich abweichenden Versuche Rudorffs (E.P. § 81) und Demelius', a. a. O. S. 311 fgg., näher einzugehen, scheint mir bei der Verschiedenheit der Ausgangspunkte und in Anbetracht des Umstands, dass die m. E. massgebenden Quellenentscheidungen beiderseits unberücksichtigt geblieben sind, nicht erspriesslich.

6) Für beide Fälle diente eine und dieselbe actio: cf. fr. 12, fr. 22 § 4 h. t. Die Bedingung

ist hier, anders als bei der interrogatio in iure des § 53, aus den Quellen volle Klarheit zu erlangen. Wer die responsio suum esse seruum abgegeben hatte, übernahm damit die Haftung des wirklichen dominus, einerlei ob er selbst dieser dominus war oder ein Anderer: daher wurde die intentio ohne Nennung irgend eines Namens einfach auf den „dominus" abgestellt, so dass also z. B. die Formel der actio furti so lautete:

> S. p. . . . . ope consilio Stichi serui furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem dominum eius aut pro fure damnum decidere aut Stichum seruum noxae dedere oportet[1]), rel.

Diese selbe Fassung war aber auf alle drei Fälle des Edicts gleicher Massen anwendbar; nur der Unterschied bestand, dass der condemnatio in dem einen Fall das aut noxae dedere beigefügt, in den andern aber nicht beigefügt wurde: die intentio blieb sich völlig gleich. Der Beweis für diese schon an sich einleuchtende Fassung der intentio liegt in folgenden Stellen.

Fr. 13 pr. de interrog. (11. 1):

> Confessionibus falsis respondentes ita obligantur, si eius nomine, de quo quis interrogatus sit, cum aliquo sit actio, quia quae cum alio actio esset, si dominus esset, in nosmet confessione nostra conferimus.

Also eine translatio actionis von dem eigentlichen dominus auf den Respondenten ist die Wirkung der responsio; die Bedingung aber, dass „eius nomine de quo quis interrogatus sit cum aliquo sit actio" kann in der Formel gar nicht anders denn wie geschehen ausgedrückt worden sein. Speciell widerlegt wird durch die Stelle der Gedanke an eine Fiction „si N^s^ N^s^ dominus esset", indem nämlich hier gesagt ist, dass der Respondent durch seine confessio die actio „quae cum alio esset, si dominus esset" auf sich übertrage, — dieses auf den alius gestellte si dominus esset ist der schlagendste Beweis dafür, dass die Formel nicht auf „si N^s^ N^s^ dominus esset" gestellt war.

Fr. 14 pr. eod.:

> . . . . . eius personae, cuius nomine quis cum alio actionem habet, obligationem transferre potest[2]) in eum qui in iure suum esse confitetur, uelut alienum seruum suum esse confitendo: liberi autem hominis nomine, quia cum alio actio non est, ne per interrogationem quidem aut confessionem transferri potest.

Fr. 15 pr. eod.:

> Si ante aditam hereditatem seruum hereditarium meum esse respondeam, teneor, quia domini loco habetur hereditas.

Dies „quia domini loco habetur hereditas" ist gewiss sprechend.

quod negauit in sua potestate esse kam in der praescriptio wohl nicht zum Ausdruck; denn es stand dem Beklagten bis zur Litiscontestation frei, durch Geständniss die Erteilung der actio detracta noxae deditione zu verhindern; der Judex konnte also über die Frage an negaverit necne nicht mehr zu cognosciren haben. Vgl. Paul. 18 fr. 26 § 5 h. t. Dagegen wird die bejahende responsio (suum esse seruum), wenn Beklagter, in dem spätern Termin in iure sie abgegeben zu haben bestritt, auch in dieser Formel Platz gefunden haben.

1) Wegen der Fassung der Noxalformeln vgl. unter § 75. Bei den formulae in factum conceptae konnte natürlich die juristische Bedeutung der responsio nicht in gleicher Plastik hervortreten. Hier war keine andere Fassung möglich als „S. p. Stichum seruum fecisse, iudex, N^m^ N^m^ condemna".

2) *Flor.* non potest; von Mommsen wird das non nach den Basiliken mit Recht gestrichen.

Fr. 16 pr. eod.:

> Si servus ab hostibus captus sit, de quo quis in iure interrogatus responderit in sua potestate esse[1]), quamuis iura postliminiorum possint efficere dubitare nos, attamen non puto locum esse noxali actioni, quia non est in nostra potestate.

Diesen übereinstimmenden Zeugnissen gegenüber scheint es mir nicht möglich, zu bezweifeln, dass in der Formel die Bedingung, dass irgend Jemand wirklich für den Delinquenten einzustehen habe, zum Ausdruck kam: dies kann aber, da wirklicher Herr des Delinquenten ebenso gut der Respondent wie irgend ein Anderer sein kann, nur in der Weise wie oben angegeben geschehen sein, dass man nämlich die Formel unbestimmt auf die Verpflichtung des „dominus" als solchen stellte.

Die interrogatio in iure an seruus eius sit muss m. E. als ein ganz regelmässiger Bestandteil des Noxalverfahrens gedacht werden[2]). Ich vermute daher, dass an dieser Stelle des Edicts lediglich die praescriptiones, und dass die Noxalformeln an ihrem Ort durchweg in der für diese Präscriptionen passenden, soeben erörterten Form proponirt waren[3]).

Tit. XV.

DE HIS QUAE CUIUSQUE IN BONIS SUNT[4]).

Ulp. 15—24, Paul. 19—26, Gai. 6—8, Julian. 6—9.

§ 59. DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE[5]).

Ulp. 16[6]), Paul. 19[7]), Gai. 7[8]), Julian. 7[9]), Callistr. 2[10]).

Ueber das Publicianische Edict und die zugehörige Formel habe ich in meinen Beiträgen zur Kunde des prätorischen Edicts (1878) ausführlich gehandelt, so dass ich mich hier auf eine kurze Recapitulation, unter Beifügung einiger Ergänzungen und Berichtigungen beschränken kann.

Das Publicianische Edict zerfiel in zwei Clauseln. Die erste, aus welcher die Compilatoren das verderbte[11]) Edict des fr. 1 pr. h. t. hergestellt haben,

1) Ueber den Sinn des „in sua potestate esse" in dieser Stelle s. S. 127.

2) Vgl. auch Demelius, a. a. O. S. 311.

3) Gleichwohl werde ich, um einer blossen Vermutung nicht zu weit statt zu geben, die einzelnen Noxalformeln fassen, wie sie ohne Rücksicht auf die interrogatio zu fassen waren.

4) Vgl. S. 26 fg. 29 fg.

5) D. (6. 2).

6) Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 14 h. t., fr. 72 de R. V. (6. 1), fr. 10 de usurp. (41. 3), fr. 26 de V. S. (50. 16). Ferner: fr. 1 de off. procur. (1. 19), fr. 5 de iure fisci (49. 14), fr. 10 de cur. fur. (27. 10).

7) Fr. 2, 4, 6, 10, 12 h. t., fr. 18 de pignor. (20. 1), fr. 11 de usurp. (41. 3), fr. 128 de R. J. (50. 17).

8) Fr. 8, 13 h. t., fr. 43 de A. R. D. (41. 1).

9) Cit. fr. 7 § 17, 9 § 4 h. t.

10) Fr. 50 de R. V. (6. 1).

11) Lenel, a. a. O. S. 1 fgg. Unter den von mir daselbst angeführten Argumenten ist das wichtigste (aber nicht das einzig erhebliche) die gänzliche Unmöglichkeit des in fr. 1 pr. als edictmässig überlieferten id quod traditur.

verhiess in ihrer ursprünglichen Fassung demjenigen eine Klage, der eine res mancipi von ihrem dominus ex iusta causa tradirt erhalten, sie aber noch nicht usucapirt hatte. Dass sie diesen Inhalt hatte, geht aus der Art und Weise, in welcher die Compilatoren sie selbst und den Commentar dazu nachweislich verderbt und interpolirt haben, speciell aber aus fr. 1 § 2 h. t.[1]) zur Evidenz hervor. Zu der zweiten Clausel gehören die in fr. 7 § 11 h. t. als edictmässig bezeugten Worte QUI BONA FIDE EMIT, und es lässt sich aus Ulpians Commentar nachweisen, dass sie die Klage für denjenigen gewährte, der eine beliebige Sache non a domino bona fide gekauft und tradirt erhalten, aber noch nicht usucapirt hatte[2]).

Die erste Clausel habe ich a. a. O. aus dem in fr. 1 pr. h. t. überlieferten

> Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo

folgender Massen hergestellt:

> SI QUIS ID QUOD *MANCIPATUR TRADITUM* EX IUSTA CAUSA A DOMINO ET NONDUM USUCAPTUM PETET, IUDICIUM DABO.

Die Compilatoren haben:

1. das non vor a domino eingeschoben, weil sie es einschieben mussten, um das Edict für ihre Zwecke brauchbar zu machen;

2. das mancipatur ihrer Vorlage, wie sonst oft[3]), in traditur verwandelt, und ebendesshalb:

3. das darauf folgende traditum gestrichen, daher denn auch in dem Edictsreferat des fr. 3 § 1 h. t.:

> Ait praetor: EX IUSTA CAUSA PETET

die Worte ex iusta causa in der Luft schweben.

Der Commentar zu dieser Clausel scheidet sich bei Ulp. 16 klar von dem zur folgenden ab, welcher bei fr. 7 § 10 beginnt[4]). Fr. 1 § 1. 2, fr. 3 pr. enthalten Bemerkungen über die Fassung des Edicts überhaupt. Fr. 3 § 1, fr. 5, 7 pr. § 1. 3. 5 erläutern den Begriff der iusta causa traditionis[5]). Fr. 7 § 6. 8. 9 enthalten Schlussbemerkungen. Die Erläuterung des id quod mancipatur an sich und im Zusammenhang mit traditum[6]) ist natürlich in den

Cohn, krit. Vjschr. XXIV S. 29, meint, an der „logischen Fehlsamkeit" dieser Wendung dürfe man um desswillen nicht zu lebhaften Anstoss nehmen, weil es bekannter Massen die ältere Edictsredaction in dieser Hinsicht nicht allzu genau genommen habe; er verweist auf das in fr. 1 pr. überlieferte, von mir beibehaltene ungenaue „si petet" statt „si dicetur". Wie mir scheint, ist doch ein recht grosser Unterschied zwischen einer solchen dem Sprachgebrauch überall sehr naheliegenden kleinen Ungenauigkeit, die bei allen ältern Edicten analog wiederkehrt, und einer dem gemeinen Sprachgebrauch durchaus fremden, im gesammten Edict beispiellosen Seltsamkeit, wie sie in dem id quod traditur liegen würde.

1) a. a. O. S. 35 fgg.

2) a. a. O. S. 12 fgg.

3) Vgl. z. B. fr. 32 de nox. act. (9. 4), fr. 39 § 4. 5, fr. 46 pr., fr. 69 § 1. 4 de euict. (21. 2), fr. 37 § 4. 5 de A. R. D. (41. 1), fr. 16 de O. et A. (44. 7). Die Belege liessen sich leicht vervielfachen.

4) a. a. O. S. 13 zog ich auch fr. 7 § 9 (Vererblichkeit der Klage) zur zweiten Clausel. Nachdem ich mich inzwischen überzeugt habe, dass Ulpian die Frage der Vererblichkeit überall erst am Schlusse seiner Erläuterungen bespricht, halte ich dies nicht mehr für wahrscheinlich.

5) § 2, 4, 7 sind interpolirt (a. a. O. S. 39 fgg.); hinsichtlich des § 3 halte ich diese Behauptung nicht mehr aufrecht; diese Stelle kann wenigstens echt sein.

6) a. a. O. S. 35.

Digestentitel nicht übergegangen; jedoch dürften bei Callistr. 2 fr. 50 pr. eod. Reste dieser Erläuterung erhalten sein. Ueber die Worte a domino handelt Ulp. 16 fr. 72 de R. V. (6. 1) und (Tradition durch Stellvertreter des dominus) Ulp. 16 fr. 1 de off. procur. (1. 19), fr. 5 de iure fisci (49. 14), fr. 10 de curat. fur. (27. 10).

Die zweite Clausel des Edicts lautet nach meiner a. a. O. S. 12 fgg. versuchten Reconstruction:

EI [1]), QUI BONA FIDE EMIT [2]), *SI REM TRADITAM SIBI* [3]) *ET NONDUM USUCAPTAM* [4]) *PETET, IUDICIUM DABO.*

Der Wortlaut der Formel ist uns bekanntlich bei Gai. IV. 36 erhalten, und zwar merkwürdiger Weise als Wortlaut der Publicianischen Formel, ohne eine Andeutuug darüber, dass dem Doppelinhalt des Edicts auch eine Doppelfassung der Formel entsprochen habe. Gleichwohl habe ich mich a. a. O. S. 48 fgg. für die Annahme einer solchen Doppelfassung ausgesprochen teils aus innern Gründen, da es durchaus unwahrscheinlich sei, dass zwei in ihrer rechtlichen Bedeutung so verschiedene Rechte, wie das bonitarische Eigentum und die b. f. possessio mit einer und derselben Formel verfolgt worden seien, teils aus äussern, da nach fr. 7 § 14. 15 h. t. die Publiciana des b. f. emptor zweifellos das Erforderniss der bona fides namhaft machte, eine solche auf den subjectiven guten Glauben gestellte Formel aber für denjenigen nicht passte, der sich auf die objective Tatsache des Kaufs vom dominus berief. Ich entschied mich daher für die Doppelformel

Si quem hominem A^s A^s *BONA FIDE* emit

und

Si quem hominem A^s A^s *A DOMINO* emit,

jene zum zweiten, diese zum ersten Edict gehörig, und ich suchte diese Hypothese mit dem Berichte des Gaius durch die Annahme zu vereinigen, dass Gaius, dem IV. 36 auf die Unterscheidung der beiden Functionen der Publiciana nichts ankam, absichtlich die unterscheidenden Worte ausgelassen habe. All das halte ich auch heute noch fest und füge nur noch hinzu, dass möglicher Weise im Album selbst die Formel in der bei Gaius erhaltenen Gestalt proponirt gewesen sein könnte, indem der Prätor sich vorbehielt, je nach Lage der Sache die Worte a domino oder bona fide einzurücken.

Die bei Gaius überlieferte Formel ist bei Ulpian von fr. 9 § 5 h. t. ab commentirt und lautet:

SI QUEM HOMINEM A^s A^s .... EMIT *ET* IS [5]) EI TRADITUS EST [6]), ANNO

1) Ulp. 16 fr. 7 § 10 h. t.

2) Ulp. 16 fr. 7 § 11—15 h. t.

3) Ulp. 16 fr. 7 § 16. 17, fr. 9 pr. — § 4 h. t., fr. 10 pr. de usurp. (41. 3).

4) Das et nondum usucaptam ist nicht commentirt, aber nach Analogie der ersten Clausel hinzuzufügen. Fr. 9 § 5. 6, fr. 11 h. t. sind nicht Commentar zu obigen Worten (wie ich in meinen Beiträgen S. 16 fgg. annahm), sondern Commentar zur Formel. Das et nondum usucaptam des Edicts konnte verständiger Weise zu keiner andern Bemerkung Anlass geben, als zu der von Ulpian in fr. 1 § 1 h. t. gemachten: nämlich, dass die Worte vom Prätor um desswillen hinzugefügt seien, weil das Bedürfniss einer prätorischen Klage nur bis zu vollendeter Usucapion bestehe.

5) Zur Construction vgl. fr. 17 § 2 de furtis (47. 2), a. a. O. S. 46.

6) Gai. 7 fr. 43 § 2 de A. R. D. (41. 1): Cum .... hominem emit .... et ei traditus sit. S. ferner a. a. O. S. 46 n. 56. De pretio nihil exprimitur: Gai. 7 fr. 8 h. t.

POSSEDISSET[1]), TUM SI EUM HOMINEM D. Q. A. EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, *SI IS HOMO A° A° ARBITRIO TUO NON RESTITUETUR*[2]), *QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM* rel[3]).

Ulpians Commentar betont zunächst in fr. 9 § 5. 6 die Parallele zwischen Publiciana und Ersitzungsbesitz. Sodann werden die Formelworte einzeln vorgenommen:

1. „Si .... A• A• emit et is ei traditus sit“, fr. 11 pr.: si ego emi et alii res sit tradita.

2. „Hominem“ ist Repräsentant der res mancipi, für die actio des b. f. possessor der res corporales überhaupt. Auf res incorporales fand zu Gaius' Zeiten die Publiciana keine Anwendung: Gai. 7 fr. 43 § 1 de A. R. D. (41. 1)[4]), Gai. inst. II. 28. Anders zu Ulpians Zeit — Ulp. 16 fr. 11 § 1 h. t. —, dem aber doch noch die Unersitzbarkeit der Servituten Scrupel gemacht zu haben scheint: Ulp. 16 fr. 10 § 1 de usurp. (41. 3)[5]). Wie hier freilich die Formel gefasst wurde, wissen wir nicht: die Fiction der longi temporis possessio, die selber prätorisches Institut war, konnte selbstverständlich die Usucapionsfiction nicht vertreten[6]).

3. Tum si eum hominem d. q. a. eius esse oporteret: wenn nicht der gekaufte Gegenstand selbst, sondern Accessionen desselben eingeklagt sind oder jener Gegenstand Veränderungen erlitten hat, die eine andere Benennung desselben fordern (z. B. insula statt area), so bedingt dies natürlich Modificationen der Formel. Hievon handelt: Ulp. 16 fr. 11 § 2—10 h. t., fr. 10 § 2 de usurp. (41. 3) cf. fr. 11 § 2 h. t. Die Fassung der Formel bietet in einigen der hiehergehörigen Fälle grosse Schwierigkeiten[7]).

§ 60. DE HIS QUI DEIECERINT UEL EFFUDERINT[8]).

Ulp. 23[9]), Paul. 19[10]), Gai. 6[11]).

Ulp. 23 fr. 1 pr. h. t.:

Praetor ait: DE HIS QUI DEIECERINT UEL EFFUDERINT. UNDE IN EUM

1) Paul. 19 fr. 12 § 5. 7 h. t., § 4 J. de act. (4. 6).

2) § 31 J. eod., Prob. Einsidl. 18: N. R.= non restituetur.

3) Exceptio iusti dominii: fr. 16 h. t., fr. 57 mand. (17. 1).

4) Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. Das Edict über den ususfructus a domino traditus, wovon Stephanus zu fr. 11 § 1 h. t. (suppl. Basil. p. 44) erzählt, ist daher eine Erfindung dieses Scholiasten. Vgl. Lenel, Zschr. der Sav.-Stift. f. R. G. II S. 80 fg.

5) Die Stelle bezeichnet den einzigen Fall, wo die gewöhnliche Publiciana als confessoria verwendbar war.

6) Ebenso auch nicht bei den praedia uectigalia. Paul. 19 fr. 12 § 2 h. t. A. M. Rudorff, E. P. § 63. Die Provincialgrundstücke dürfte man als Italica fingirt und so die Usucapionsfiction anwendbar gemacht haben.

7) Z. B. wie ist die Formel zu fassen, wenn, nach Einsturz des gekauften Hauses, das Baumaterial eingeklagt werden soll, da doch die Ersitzung des Hauses nicht zugleich Ersitzung des Baumaterials bedeutet? Ulpian scheint hier die Formel selbst construirt zu haben, cf. fr. 11 § 6: huiusmodi actione petenda (die hier folgende Formel strichen die Compilatoren.)

8) D. (9. 3).

9) Fr. 1, 3, 5 pr. — § 5 h. t.; fr. 18 § 1 de iudic. (5. 1)? Fr. 18 pr. eod. gehört wahrscheinlich zum Edict des § 64, das dann also Ulpian vor dem obigen behandelt haben müsste. Fr. 18 § 1 könnte durch eine Erörterung wie in § 2 J. de obl. q. qu. ex del. (4. 5) veranlasst sein.

10) Fr. 4, 6 h. t.

11) Fr. 2, 7 h. t.

LOCUM, QUO UULGO ITER FIET UEL IN QUO CONSISTETUR[1]), DEIECTUM UEL EFFUSUM QUID ERIT[2]), QUANTUM EX EA RE DAMNUM DATUM FACTUMUE ERIT, IN EUM, QUI IBI HABITAUERIT[3]), IN DUPLUM IUDICIUM DABO. SI EO ICTU HOMO LIBER PERISSE DICETUR, *SESTERTIUM* QUINQUAGINTA *MILIUM NUMMORUM* IUDICIUM DABO[4]). SI UIUET NOCITUMQUE EI ESSE DICETUR[5]), QUANTUM OB EAM REM AEQUUM IUDICI UIDEBITUR[6]) EUM CUM QUO AGETUR CONDEMNARI, TANTI IUDICIUM DABO. SI SERUUS INSCIENTE DOMINO FECISSE[7]) DICETUR, IN IUDICIO ADICIAM: AUT NOXAM[8]) DEDERE.

Die Formeln anlangend, so beginnt Ulpians Commentar zu denselben bei fr. 1 § 9 und geht bis fr. 5 § 3 h. t.: er enthält lediglich die ausführliche Erläuterung des Begriffs habitare[9]), der also, wie im Edict, so auch in der Formel eine Rolle gespielt haben muss. Fr. 5 § 4. 5 h. t. enthalten blosse Schlussbemerkungen.

Die Reconstruction der Formeln ist nach dem vorliegenden Material nicht möglich, auch ohne Interesse: wahrscheinlich waren sie blosse Umschreibungen des Edicts.

Hervorzuheben ist noch, dass der Schluss des Edicts gewöhnlich falsch aufgefasst wird. Das „si seruus insciente domino fecisse dicetur“ ist nicht als eine Klagbehauptung[10]), sondern als eine von dem haftbaren habitator vorgebrachte Entschuldigungsbehauptung zu denken, eine exceptio, die zwar nicht die condemnatio schlechtweg verhindern kann, aber, wenn bewiesen, die facultas noxae dedendi gewährt. Am Schluss der Formel stand also etwa: aut, s. p. seruum N[i] N[i] insciente eo fecisse, noxam dedere. Der habitator sollte, wenn er selbst nachwies, dass einer seiner Sklaven der Schuldige war, hier nicht härter gestellt sein, als bei den Klagen ex delicto serui.

§ 61. *NE QUIS IN SUGGRUNDA*[11]).

Ulp. 23[12]).

Ulp. 23 fr. 5 § 6 de his qui eff. (9. 3):

Ait praetor: NE QUIS[13]) IN SUGGRUNDA PROTECTOUE SUPRA EUM LOCUM QUO UULGO ITER FIET INUE QUO CONSISTETUR, ID POSITUM HABEAT[14]), CUIUS CASUS NOCERE CUI POSSIT[15]). QUI ADUERSUS EA FECERIT, IN EUM *SESTERTIORUM* DECEM *MILIUM NUMMORUM*[16]) IN FACTUM IUDICIUM DABO. SI SERUUS INSCIENTE DOMINO[17]) FECISSE DICETUR[18]), aut noxae dedi iubebo.

1) Ulp. 23 fr. 1 § 2 h. t., Paul. 19 fr. 6 pr. § 1 h. t.

2) Ulp. 23 fr. 1 § 3 h. t.

3) Ulp. 23 fr. 1 § 4 h. t., Paul. 19 fr. 6 § 2 h. t. Utilis in eum qui naui praepositus sit: Paul. 19 fr. 6 § 3 h. t.

4) Ulp. 23 fr. 1 § 5 h. t. D.: quinquaginta aureorum. Vgl. Collatio XIV 3 § 4.

5) Ulp. 23 fr. 1 § 6 h. t.

6) Cf. fr. 5 § 5 i. f. h. t., Gai. 6 fr. 7 h. t.

7) Ulp. 23 fr. 1 § 7. 8 h. t. (Ergänzungen enthaltend).

8) § 1 J. de nox. act. (4. 8): noxa ... est corpus quod nocuit, id est seruus. Noxae?

9) Utilis actio aduersus horrearium etc.: fr. 5 § 3 h. t.

10) So wieder neuerdings K. Sell, aus dem Noxalrecht der Römer (1879), S. 165 fgg.

11) Hoc edictum superioris portio est. Fr. 5 § 7 h. t.

12) Fr. 5 § 6 — ult. de his qui effud. (9. 3).

13) Ulp. 23 fr. 5 § 8 eod.

14) Ulp. 23 fr. 5 § 9. 10 eod.

15) Ulp. 23 fr. 5 § 11 eod.

16) D. solidorum decem.

17) Ulp. 23 fr. 5 § 10 eod.

18) Mommsen schiebt vor aut ein: aut idem

Die Formel zu diesem Edict war auf „s. p. Nm Nm ..... positum habuisse" abgestellt[1]) und auch sonst ohne Zweifel blosse Umschreibung des Edicts. Utiles actiones: vgl. fr. 5 § 12 h. t.[2]).

§ 62. DE SERUO CORRUPTO[3]).

Ulp. 23[4]), Paul. 19[5]), Gai. 6[6]), Julian. 9[7]).

Ulp. 23 fr. 1 pr., 5 § 3 h. t.:

> Ait praetor: QUI SERUUM SERUAM ALIENUM ALIENAM RECEPISSE[8]) PERSUASISSEUE QUID EI DICETUR DOLO MALO, QUO EUM EAM DETERIOREM FACERET[9]), IN EUM QUANTI EA RES ERIT IN DUPLUM IUDICIUM DABO[10]). SI SERUUS SERUAUE FECISSE DICETUR, iudicium cum noxae deditione redditur[11]).

Der Commentar zur Formel beginnt augenscheinlich bei Ulp. 23 fr. 5 § 4 h. t., wo der Jurist, der das Edict gänzlich erledigt hatte, sich zum zweiten Mal zur Erörterung von Detailpunkten wendet. Die Formel war ohne Zweifel auch hier im Wesentlichen Umschreibung des Edicts[12]). Der corrumpirte Sklave musste nach dem Wortlaut der Formel Eigentum des Klägers zur Zeit des Delicts (und nur damals) gewesen sein, wenn die Formel zutreffen sollte, also etwa: s. p. Nm Nm Stichum seruum, cum is A' A' esset, recepisse u. s. w. Vgl. fr. 5 § 4 h. t.[13]):

> Haec actio refertur ad tempus serui corrupti uel recepti, non ad praesens. et ideo, et si decesserit uel alienatus sit uel manumissus, nihilo minus locum habebit actio ......

Auf das „cum is A' A' esset" gehen dann weiter auch: Ulp. 23 fr. 9 pr. § 1 h. t. Ausserdem ist nur noch die Aestimationsclausel „quanti ea res erit, eius dupli" ausführlich commentirt: Ulp. 23 fr. 9 § 2. 3, fr. 11 h. t., Paul. 19 fr. 10, 12, 14 § 5—9 h. t.[14]).

Actiones utiles[15]): des Usufructuars fr. 9 § 1, fr. 14 § 3 h. t., de seruo hereditario corrupto — fr. 13 § 1 h. t., de filiofamilias corrupto — fr. 14 § 1 h. t.

dari. Aber der ganze Schlusspassus ist verdächtig: ein prätorisches iubere dari aut noxae dedi findet nicht statt.

1) Fr. 5 § 12 h. t.: quia „positum habuisse" non utique uidetur qui posuit.

2) Zum ersten Fall des fr. 5 § 12 vgl. Cuiac. obs. XXII, 32.

3) D. (11. 3).

4) Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13 h. t.

5) Fr. 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14 h. t.

6) Fr. 15 h. t.

7) Cit. fr. 9 pr. h. t.

8) Ulp. 23 fr. 1 § 2 h. t.

9) Ulp. 23 fr. 1 § 3—5, fr. 3, 5 pr. § 1 h. t. Paul. 19 fr. 2, 4 h. t.

10) Ulp. 23 fr. 5 § 2 h. t.

11) Der Schlusssatz ist von Rudorff, E. P. § 83, übersehen.

12) Das zufällig öftere Vorkommen des Worts corrumpere in dem Ulpianschen Commentar zur Formel wird uns doch wohl schwerlich bestimmen dürfen, diesem Wort, das im Edict fehlt und wohl nur der Rubrik angehört, einen Platz in der Formel anzuweisen.

13) Missverstanden von Rudorff (E. P. § 83), der wegen derselben im Widerspruch mit dem Edictswortlaut und fr. 9 § 2 h. t. in die Formel setzt: quanti ea res fuit.

14) Zu quanti ea res erit: Paul. 19 fr. 14 § 5 h. t.: in hac actione non extra rem duplum est.

15) Rudorff, E. P. § 83 n. 10, führt hier auch noch die Fälle des fr. 9 pr., fr. 14 § 4 h. t. an: es sind dies aber Fälle der actio directa.

§ 63. DE ALEATORIBUS[1]).

Ulp. 23[2]), Paul. 19[3]).

Ulp. 23 fr. 1 pr. h. t.:

> Ait praetor: SI QUIS EUM, APUD QUEM[4]) ALEA LUSUM ESSE DICETUR, UERBERAUERIT DAMNUMUE EI DEDERIT SIUE QUID EO TEMPORE *E DOMO* EIUS SUBTRACTUM EST[5]), IUDICIUM NON DABO[6]). IN EUM, QUI ALEAE LUDENDAE CAUSA UIM INTULERIT, UTI QUAEQUE RES ERIT, ANIMADUERTAM[7]).

Das Edict de aleatoribus ist zweifellos unvollständig erhalten; denn Paul. 19 fr. 4 § 2 h. t. berichtet:

> Aduersus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est.

Hienach muss das Edict die Rückforderung des in unerlaubtem[8]) Spiel Verlorenen gestattet haben[9]), wahrscheinlich mit einem Strafzusatz[10]), der — daher die utilis repetitio des fr. 4 § 2 — dem parens und patronus gegenüber wegfiel.

Ausserdem versagte das Edict auch noch ausdrücklich die actio aus jedem negotium in alea gestum. Dies folgt daraus, dass wir unter der Rubrik Quarum rerum actio non datur[11]) die exceptio negotii in alea gesti finden. Diese Rubrik umfasst nämlich ausschliesslich Exceptionen aus solchen Gründen, wegen deren vorher im Edict denegatio actionis angedroht war[12]).

§ 64. *SI IUDEX LITEM SUAM FECERIT.*

Ulp. 23[13]).

In fr. 13 de uacat. handelt Ulpian 23 von einem Edict[14]), über das er referirt:

> Praetor eos, quoscumque intellegit operam dare non posse ad iudicandum, pollicetur se excusaturum . . . .

Ebendahin gehört augenscheinlich Ulp. 23 fr. 18 pr. de iud. (5. 1):

> Sie longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet praetor . . . .

Die Wahrscheinlichkeit spricht nun m. E. sehr entschieden dafür, dass der Prätor an dem Ort, wo er die Voraussetzungen bezeichnete, unter denen er den Geschworenen entschuldigen wolle, auch die Verantwortlichkeit desjenigen Geschworenen regelte, der, ohne entschuldigt zu sein, seine Pflicht versäumte. M. a. W.: ich halte dies für den Ort, wo wir das Edict über den iudex qui

1) D. (11. 5), C. (3. 43).
2) Fr. 1 h. t.
3) Fr. 2, 4 h. t.
4) Ulp. 23 fr. 1 § 1 h. t.
5) Ulp. 23 fr. 1 § 2 h. t. Die Flor. hat statt e domo: dolo, zweifellos ein Versehen; in fr. 1 § 2 wird das e domo commentirt.
6) Ulp. 23 fr. 1 § 3 h. t.
7) Ulp. 23 fr. 1 § 4 h. t., Paul. 19 fr. 2 pr. h. t.
8) Hieher Paul. 19 fr. 2 § 1, fr. 4 pr. h. t. s. auch n. 10.
9) Paul. 19 fr. 4 § 1 h. t.
10) Vgl. Pseudo-Asc. in diuin. § 24: . . . eorum reorum, qui conuicti quadrupli damnari soleant, ut aleae . . . Vgl. Cic. Philipp. II 23 § 56, Horat. od. III 24 v. 58. Aus älterer Zeit Plaut. mil. glor. II 2, 9 (wo statt legi talariae mit Ritschl legi aleariae zu lesen ist).
11) § 278.
12) Vgl. S. 37.
13) Fr. 13 de uacat. (50. 5), fr. 18 pr. de iud. (5. 1), fr. 36 de V. S. (50. 16).
14) Von **Rudorff** übersehen.

litem suam fecit zu suchen haben, und diese Vermutung wird bestätigt durch fr. 36 de V. S., wo derselbe Ulpian, ebenfalls lib. 23, den Begriff lis definirt:

> Litis nomen omnem actionem significat, siue in rem siue in personam sit.

Aus unserm Edict nun sollen nach einer verbreiteten Meinung, der auch Rudorff[1]) folgt, zwei verschiedene Actionen entsprungen sein, die eine für den Fall des dolus, gestellt auf quanti ea res est, die andere für den Fall blosser imprudentia, gestellt auf quantum tibi aequum uidebitur. Zu dieser Unterscheidung kam man dadurch, dass Ulpian in fr. 15 § 1 de iud. (5. 1), wo er das litem suam facere als dolose Missachtung des Gesetzes definirt, den Richter für die uera aestimatio litis haftbar erklärt, während in zwei andern Stellen, wo der dolus nicht als Voraussetzung des Delicts figurirt, als Mass der poena das quantum de ea re aequum religioni iudicantis uisum fuerit angegeben wird. Vgl. pr. J. de obl. qu. qu. ex del. (4. 5), Gai. fr. 6 de uar. et extr. cogn. (50. 13). Gleichwohl ist die Unterscheidung völlig haltlos. In allen drei Stellen ist es ein und dasselbe Delict — das litem suam facere —, dessen Tatbestand die Juristen definiren wollen, und die Abweichung in den Definitionen kann uns nicht berechtigen, dasselbe in zwei zu zerlegen. Die beiden letzten Stellen lassen es ferner zweifellos erscheinen, dass die Klage in allen Fällen auf quantum aequum iudici uidebitur ging[2]), und in der Tat wäre es sehr sonderbar, wenn in dem schwereren Fall des dolus die Haftung auf die litis aestimatio im strengen Sinn beschränkt gewesen wäre, während in dem mildern Fall der blossen imprudentia die condemnatio die für den Beklagten unter Umständen sehr viel bedenklichere freie Fassung auf aequum bonum erhalten hätte. Auch war diese freie Fassung sicherlich überall am Platze, da ja der Kläger durch die Pflichtverletzung des Geschworenen nicht bloss in pecuniären, sondern auch in Interessen unschätzbarer Natur gekränkt sein konnte und hiewegen Satisfaction beanspruchen durfte. Die uera aestimatio litis bei Ulpian darf uns nicht irre machen: in der Anweisung, auf quantum aequum uidebitur zu condemniren, lag zweifellos auch die Ermächtigung, auf quanti ea res est zu condemniren[3]), und Ulpian war in seinem Rechte, wenn er in dem von ihm besprochenen Falle der Condemnation den letztern Umfang vindicirte:

> Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit ...., ut ueram aestimationem litis praestare cogatur.

Man würde längst aufgehört haben, in dieser Stelle irgend etwas auffallend zu finden, wenn man sich nicht daran gewöhnt hätte, bei dem litem suam facere allein oder doch vorzugsweise gerade an den in derselben behandelten Fall ungerechten Urteils zu denken. Da begreift man nun nicht,

1) E. P. § 79. S. ferner Wetzell, C. P. § 36[14], Windscheid, Pandekten § 470[4].

2) Wenn es in fr. 6 cit. heisst:

> .... uidetur quasi ex maleficio teneri in factum actione et, in quantum de ea re aequum religioni iudicantis uisum fuerit, poenam sustinebit ...,

so sind damit selbstverständlich nicht zwei verschiedene Rechtsmittel gemeint, sondern der Nachsatz gibt den Inhalt der in factum actio an.

3) Vgl. fr. 3 pr. de sep. uiol. (47. 12) mit fr. 3 § 8—10 eod., wo sich ebenfalls das quantum aequum uidebitur zum quanti interest consolidirt.

warum Ulpian hier nur den dolosen Judex, Gaius auch den imprudens, Ulpian ihn auf den vollen Streitwert, Gaius ihn auf eine ex aequo zu bemessende Strafsumme haften lässt. Es ist aber umgekehrt bei unserm Delict gerade vorwiegend an die bei der Selbständigkeit des römischen Geschworenen jedenfalls unendlich häufigen kleinen Gesetzwidrigkeiten zu denken: Versäumung des Termins[1]), Verfehlung wider die gesetzlichen Vorschriften über die Vertagungen[2]) u. dgl., — Fehler, wegen deren gegen den Judex natürlich nur in Ausnahmsfällen eine Klage auf den vollen Streitwert begründet sein konnte, eine genaue Abschätzung des Interesses i. d. R. aber überhaupt unmöglich war, so dass der wider den pflichtvergessenen Geschworenen urteilende Judex notwendig auf sein billiges Ermessen verwiesen werden musste. Gerade an solche Fehler muss man denken, wenn man es begreiflich finden will, dass Gaius das litem suam facere nicht als eigentliches Delict gelten, und dass er den Judex auch für imprudentia haften lässt. Denn den Judex für blosse Nachlässigkeit auch bei der Urteilsfällung verantwortlich machen, etwa wegen mangelhaft betriebener Rechtsstudien, dies halte ich für eine praktisch überaus bedenkliche Verirrung[3]), die ich dem Gaius so wenig zutraue, wie sie nach fr. 15 § 1 cit. dem Ulpian zuzutrauen ist. Mit sehr richtigem Takt hat, wie es scheint, der Prätor in unserm Edict jede Andeutung des erforderten Verschuldungsgrads unterlassen und so diese Frage ganz in die Hand der Praxis und Wissenschaft gegeben.

Die Reconstruction der Formel ist hinsichtlich der condemnatio leicht:

quantum ob eam rem aequum tibi uidebitur N^m N^m A^o A^o condemnari, tantam pecuniam rel.

Ob die intentio auf

S. p. N^m N^m litem, quam inter A^m A^m et Lucium Titium iudicare iussus erat, suam fecisse

lautete[4]), muss mangels aller Anhaltspunkte zweifelhaft bleiben; ähnlich lautete sie jedenfalls.

§ 65. SI HEREDITAS PETATUR[5]).

Ulp. 15[6]), Paul. 20[7]), Gai. 6[8]), Julian. 6[9]).

Nach Gai. IV 91 kann die in rem actio, d. h. zweifellos auch die h. p.,

1) Macrob. sat. II 12: inde ad comitium uadunt, ne litem suam faciant.

2) Gell. N. A. XIV 2 § 1.

3) Vgl. Cic. in Verr. II 2, 13 § 33, 23 § 57.

4) Anders Rudorff, E. P. § 79.

5) D. (5. 3) de hereditatis petitione. C. (3. 31) de petitione hereditatis. Paul. sent. I 13b: Si hereditas uel quid aliud petatur. Cf. D. (5. 4): si pars hereditatis petatur.

6) Fr. 2, 9, 11, 13, 16, 18, 20, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 37 h. t., fr. 17 de pignor. (20. 1) cf. fr. 19 pr. h. t., fr. 34 de usur. (22. 1), fr. 4 ut legat. (36. 3), fr. 1 pro suo (41. 10), fr. 3 de exc. r. iud. (44. 2), fr. 24 de iniur. (47. 10) — bezieht sich auf die chicanöse Erwirkung eines prätorischen Veräusserungsverbots (s. S. 107 fg.), fr. 126 de R. J. (50. 17).

7) Fr. 14, 19, 22, 24, 26, 28, 30, 32, 34, 36, 38, 40 h. t., fr. 22 [23] de N. G. (3. 5) cf. 31 § 5 h. t., fr. 4 de exc. (44. 1), fr. 127 de R. J. (50. 17) cf. fr. 36 § 4 h. t. Wahrscheinlich falsch inscribirt — 20 statt 21 — ist fr. 14 de R. V. (6. 1), vgl. die adnot. crit. bei Mommsen; indess ist auch die Inscription Paul. 20 haltbar, vgl. fr. 36 § 2 h. t.

8) Fr. 1, 3, 10, 15, 17, 21, 35, 39, 41 h. t., fr. 1 pro empt. (41. 4), fr. 24 de V. S. (50. 16).

9) Fr. 54 h. t., fr. 62 de R. J. (50. 17), cit. fr. 16 § 2, 20 § 1. 4. 18, fr. 31 pr. § 5, fr. 2 § 7 de her. u. act. uend. (18. 4).

nicht nur per formulam petitoriam, sondern auch per sponsionem geltend gemacht werden. Ein nicht durch Sponsion vermitteltes lege agere de hereditate dagegen, wie es noch Cicero neben dem „sponsionem facere et ita de hereditate certare" als möglich kennt[1]), fand — vermutlich seit den leges Juliae — in der Kaiserzeit nicht mehr statt. Im Edict haben wir daher ein Doppeltes zu suchen: die Sponsion und die formula petitoria.

Die Reconstruction der erstern bietet keinerlei Schwierigkeit, obwohl die Compilatoren begreiflicher Weise jede Erinnerung daran aus den Digesten getilgt haben. Wir sind gewiss berechtigt, die bei Gai. IV 93 für die rei uindicatio überlieferte Sponsion direct auf die h. p. zu übertragen:

> si hereditas q. d. a. ex iure Quiritium mea est, sestertios XXV nummos dare spondes?

Sollte der Prozess vor den Centumvirn stattfinden, so erhöhte sich die Sponsionssumme nach Gai. IV 95 auf 125 Sesterze, wobei dahingestellt bleiben mag, ob auch diese Sponsion im Edict proponirt war[2]).

Die formula petitoria wird von Rudorff (E. P. § 57) im Einklang mit der herrschenden Meinung[3]) folgender Massen reconstruirt:

> S. p. hereditatem Publi Maeui ex iure Quiritium A^i A^i esse, si arbitratu tua res A^o A^o non restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

An dieser Formel ist zweifellos richtig die intentio[4]), und richtig ist ferner, dass die Formel eine Restitutionsclausel besass. Meine in letzterer Beziehung früher[5]) geäusserten Bedenken halte ich nicht mehr aufrecht. Ich glaubte seiner Zeit die Restitutionsclausel allen civilen actiones in rem um desswillen absprechen zu müssen, weil in § 31 J. de action. (4. 6) als arbitrariae nur die prätorischen actiones in rem angeführt seien; und gegen den Versuch, diese Tatsache daraus zu erklären, dass die Institutionenverfasser in ihrem Vorbild die civilen actiones in rem in einer für sie veralteten Weise als „formula petitoria" bezeichnet fanden und daher dies Beispiel strichen, gegen diesen Versuch wandte ich ein: da ja nach der herrschenden Ansicht alle actiones in rem, mit einziger Ausnahme des liberale iudicium, arbiträr seien, so sei nicht sowohl das Fehlen der ciuiles actiones in dem Beispielskatalog des § 31 rätselhaft, als vielmehr die Existenz dieses Katalogs selber, da bei der Allgemeinheit des Satzes die Anführung von Beispielen arbiträrer actiones in rem ganz sinnlos gewesen wäre. Durch diese Erwägung veranlasst, suchte ich die anderweiten Quellenzeugnisse hinwegzuinterpretiren und kam zu dem Ergebniss, dass in den Formeln der civilen actiones in rem der iussus de restituendo nicht vorgesehen, dessen Erlassung vielmehr eine von der Formel unabhängige Aeusserung des officium iudicis gewesen sei. In der Tat war jener Einwand der herrschenden Lehre gegenüber auch durchaus triftig: aber er fällt zusammen, nachdem ich mich inzwischen überzeugt habe, dass diese

1) In Verr. II 1, 45 § 115 sq. Cf. Q. Mucius Scaeuola in fr. 29 § 1 de statulib. (40. 7).

2) S. oben S. 112.

3) Keller, C. P. § 28, Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 247 fgg., Francke, Commentar zum Pandektentitel de h. p. S. 2.

4) Gai. 6 fr. 3, 10 § 1 h. t.

5) Beiträge z. K. d. prätor. Edicts (1878) S. 89 fgg.

Lehre den Umfang der actiones, „ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur“, nicht richtig bestimmt, insofern nämlich die sämmtlichen Klagen zur Geltendmachung und Abwehr von Realservituten nicht hieher gehören[1]). Diese Tatsache erklärt die Existenz jenes Beispielskatalogs vollkommen, und dadurch wird denn auch der von mir zurückgewiesene Erklärungsgrund für das Fehlen der civilen actiones in rem in demselben plausibel. Alsdann treten aber die Zeugnisse, die die Restitutionsclausel für die formula petitoria zunächst der rei uindicatio bekunden — Cic. in Verr. II² 12 § 31, fr. 35 § 1, fr. 68 de R. V. (6. 1) —, in ihr volles Recht, und nach dem Vorbild der rei uindicatio kann nicht bezweifelt werden, dass auch die h. p. in ihrer Formel jene Clausel hatte[2]).

War insoweit Rudorffs Formulirung beizustimmen, so leidet dagegen seine nach der Schablone der rei uindicatio gemachte Reconstruction an einem und zwar sehr wichtigen Mangel: die Formel der h. p. gab die Klagvoraussetzungen vollständiger an als bei Rudorff geschehen. Ausser dem Recht des Klägers muss sie irgendwo und irgendwie auch die in der Person des Beklagten gesetzten Bedingungen der Zuständigkeit unserer Klage — ihre ausschliessliche Richtung gegen den pro herede und pro possessore possidens — zum Ausdruck gebracht haben. Dies ergibt sich zur Evidenz einmal daraus, dass, wo die h. p. gegen Personen zugelassen wird, die nicht unter jene Begriffe fallen, es einer utilis actio bedarf, die von der directa scharf unterschieden wird[3]), und zweitens daraus, dass nach positivem Zeugniss in der Formel der gegen einen defensor absentis gerichteten h. p. der Name des Vertretenen vorkam, was bei der Rudorff'schen Formel ganz unmöglich wäre, fr. 13 § 12 h. t.:

> Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum an ille ratum habeat, puto absentis nomine petendam hereditatem, ipsius uero nequaquam, quia non uidetur pro herede uel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet: nisi forte quis dixerit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse: tunc enim suo nomine teneri potest.

Zu diesen entscheidenden Beweisgründen tritt als unterstützendes, wenn auch für sich allein nicht ausschlaggebendes Moment das directe Zeugniss der Scholien zu fr. 4 und 10 h. t.[4]): hier ist ausdrücklich gesagt, dass zwar die intentio der h. p. auf die Person des Klägers formulirt sei (*ἐκ προσώπου τυποῦται τοῦ ἄκτορος*), die condemnatio dagegen auf die vom Beklagten besessenen Sachen (*ἐκ τῶν ὑποκειμένων τῷ ἐναγομένῳ πραγμάτων*). Wie wir

1) Vgl. § 73.

2) Vgl. für die h. p. speciell noch: Gai. 6 fr. 10 § 1 h. t., Paul. 20 fr. 34 § 1, fr. 36 § 1 h. t., Jauolen. fr. 44 h. t., Nerat. fr. 57 h. t. Besonders fr. 34 § 1, 36 § 1 cit. weisen, insofern sie die Condemnation von der facultas restituendi abhängig machen, deutlich auf Formelworte hin.

3) Ulp. 15 fr. 13 § 4, 8, 9 h. t. Vgl. ferner c. 1 de inoff. test. (3. 28): Cum de inofficioso matris suae testamento filius dicere uelit aduersus eum, qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet, non est iniquum hoc ei accommodari, ut perinde fideicommissarius teneatur ac si pro herede aut pro possessore possideret. Die Stelle ist auf eine h. p. ex causa inofficiosi zu beziehen.

4) Bei Heimb. Basil. IV p. 185. 193.

uns diese Formulirung zu denken haben, das zeigt uns deutlich Gaius in fr. 10 § 1 h. t.:

> .... intendit quidem hereditatem suam esse ...., sed hoc solum ei officio iudicis restituitur, quod aduersarius possidet ....

Und nur diese Formulirung lässt es uns begreifen, wie die Römer hier auf den ihrem Besitzbegriff so fremdartig gegenüberstehenden Begriff der iuris possessores kamen: sie wurden durch die Formel gezwungen, die Passivlegitimation des Beklagten allüberall auf possessio zu basiren.

Hienach halte ich folgende Reconstruction[1]), von unwesentlichen Formulirungszweifeln abgesehen, für vollkommen gesichert:

> S. P. HEREDITATEM Q. D. A. EX IURE QUIRITIUM A[i] A[i] ESSE, *QUIDQUID N[s] N[s] EX EA HEREDITATE* PRO HEREDE AUT PRO POSSESSORE POSSIDET, SI ARBITRIO TUO *ID* A[o] A[o] NON RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT[2]), TANTAM PECUNIAM rel.

Huschke[3]) will nach dem Muster des interdictum Quorum bonorum hinter „possidet" noch einschieben: „possideretue si nihil usucaptum esset". Nach dem Commentar Ulpians hat es aber nicht den Anschein, dass die Revocation der usucapio pro herede — Gai. II. 57 — in der Formel zum Ausdruck kam. Ulpian commentirt in fr. 11, 13, 16, 18 pr. § 1 h. t. ausführlich das Erforderniss des pro herede uel pro possessore possidere und geht dann in fr. 18 § 2 h. t. sofort auf die Frage über, quae ueniant in hereditatis petitione. Das bei Gaius l. c. erwähnte SC dürfte hienach die überlieferte Formel der h. p. unverändert gelassen und sich lediglich an das officium iudicis gewendet haben[4]).

§ 66. SI PARS HEREDITATIS PETATUR[5]).

Ulp. 15[6]), Gai. 6[7]).

Diese Formel[8]) ergibt sich nach dem in § 65 Ausgeführten von selbst:

> S. p. hereditatem q. d. a. *pro parte illa*[9]) ex iure Quiritium A[i] A[i] esse, *quidquid ex ea hereditate* N[s] N[s] pro herede aut pro possessore possidet, si arbitrio tuo *id* A[o] A[o] *pro parte illa* non restituetur[10]), q. e. r. e. rel.

1) Vgl. auch Huschke, Zschr. f. gesch. R. W. XIV S. 220, Arndts, Pandekten § 531 Anm. 2. Berücksichtigt ist die Passivlegitimation auch in dem Reconstructionsversuch von Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 176 n. 18, der aber im Uebrigen verunglückt ist.

2) Gai. IV 51.

3) a. a. O.

4) Vgl. auch den Wortlaut des s. g. SC Iuuentianum — fr. 20 § 6 h. t. —, der entschieden für die obige Auffassung spricht: die m. E. zu verneinende Frage, ob das SC Iuuentianum mit dem bei Gai. II 57 erwähnten identisch sei, kann hier unerörtert bleiben.

5) D. (5. 4).

6) Fr. 1, 4 h. t. Fr. 1 augenscheinlich irrig Ulp. 5 inscribirt.

7) Fr. 2 h. t.

8) Sie war im Edict proponirt: fr. 1 pr. h. t.

9) Gai. 6 fr. 10 § 1 de h. p. (5. 3): ... intendit ... hereditatem suam esse ... pro parte. Vgl. Ulp. 15 fr. 1 h. t., Gai. 6 fr. 2 h. t., Paul. sent. I 13[b] § 5 (= consult. V 5). Incertae partis: Ulp. 15 fr. 1 § 5 h. t. Formel nach Gai. IV 54: quantam partem paret in ea hereditate q. d. a. A[i] A[i] esse.

10) Gai. 6 fr. 10 § 1 de h. p. (5. 3): .... restituitur, quod aduersarius possidet, ... pro parte ex qua (actor) heres est.

§ 67. DE HEREDITATIS PETITIONE POSSESSORIA[1]) *ET CETERIS ACTIONIBUS POSSESSORIIS*[2]).

Ulp. 15[3]), Paul. 20[4]), Gai. 6[5]).

Bekanntlich ist es bestritten, ob das Hadrianische Edict eine h. p. des bonorum possessor gekannt hat. Namentlich ist es Leist, der wiederholt energisch die entgegengesetzte Ansicht verfochten hat[6]). M. E. ist dem ausgezeichneten Forscher der Beweis derselben nicht gelungen. An positiven Gründen bringt er folgende zwei bei. Einmal das Schweigen des Gaius und Ulpian über die h. p. possessoria in denjenigen Schriften, die ohne Ueberarbeitung auf uns gekommen sind. Wie bedenklich aber ein solcher Schluss aus blossem Schweigen ist, geht doch, meine ich, schon daraus hervor, dass Ulpian in diesen Schriften auch des interdictum Quorum bonorum keine Erwähnung tut. Zweitens beruft sich Leist darauf, dass mit dem Bestande einer allgemeinen h. p. für den bonorum possessor das Institut der bonorum possessio sine re unvereinbar sei. Allein ich kann mich von dieser Unvereinbarkeit aus Leists Argumentation nicht überzeugen. Da der bonorum possessor sine re mit der h. p. possessoria wider den heres nicht durchdringen konnte, so wird er sich gegen diesen der h. p. possessoria einfach nicht bedient haben: die Institute konnten sehr gut neben einander bestehen, da sie praktisch nicht in einander griffen. Der Prätor aber wird bei Einführung der h. p. possessoria eben nicht an den Rechtsstreit des bonorum possessor sine re mit dem heres, sondern an die zahlreichen andern Fälle gedacht haben, wo der Mangel eines wirklichen Universalrechtsmittels für den bonorum possessor schon in classischer Zeit als ungerechtfertigte Singularität empfunden werden musste, namentlich also an die Fälle der b. p. cum re: die b. p. contra tabulas, unde liberi, die b. p., die das Fundament einer durchgesetzten querela inofficiosi testamenti bildet. Es ist nicht abzusehen, warum Julian nicht eine allgemeine h. p. possessoria in sein Edict aufgenommen haben könnte, in der sehr richtigen Voraussetzung, dass die Grenzen der praktischen Anwendung durch das Interesse der bonorum possessores von selbst gezogen werden würden. Möglichen Uebergriffen konnte durch exceptio entgegengetreten werden[7]).

Sind Leists Gründe nicht überzeugender Natur, so liegen auf der andern Seite klare Quellenzeugnisse für die Anwendung der h. p. in classischer Zeit vor, die er nicht hinwegzudeuten vermag. Ich halte es zunächst mit Arndts[8]) für unwahrscheinlich, dass die Justinianischen Compilatoren einen besondern Titel de hereditatis petitione possessoria selber zurecht gemacht haben sollten, lediglich um zwei kleine Excerpte unterzubringen, die sie, wenn Leist im Recht wäre, um sie jener Rubrik anzupassen, in ihrer Beziehung erst noch verändert haben müssten. Selbst aber, wenn man Leist zugeben wollte, dass sich die unter unserer Rubrik stehenden zwei Fragmente im Sinne ihrer Ver-

1) D. (5. 5).
2) Cf. fr. 4 de Carb. ed. (37. 10), fr. 50 § 2 de bon. lib. (38. 2).
3) Fr. 1 h. t.
4) Fr. 2 quor. bon. (43. 2).
5) Fr. 2 h. t.
6) Bon. Poss. I S. 295 fgg., II² S. 16 fgg., Fortsetzung von Glücks Comm. (Serie der Bücher 37 u. 38) II S. 288 fgg.
7) Vgl. fr. 3 § 13 de Carb. ed. (37. 10).
8) Civilist. Schriften II S. 345 fgg. (zuerst in Arndts Beiträgen erschienen).

fasser nicht auf die h. p. possessoria, sondern auf die actiones ficticiae des bonorum possessor bezogen hätten, und wenn man demgemäss die Worte „per quam hereditatis petitionem“ in fr. 2 h. t. für eine Interpolation erklären wollte, wenn man ferner auch alle diejenigen weitern Stellen ausser Betracht lässt, in denen zwar von einem hereditatem petere des bonorum possessor die Rede ist, dies hereditatem petere aber möglicher Weise untechnisch (im Sinn von „die Erbschaft einfordern“) gebraucht sein könnte[1]), so bleiben doch immer noch zwei Fragmente aus classischer Zeit übrig, die m. E. gar nicht anders als auf die h. p. possessoria gedeutet werden können[2]): fr. 13 pr. de b. p. c. t. (37. 4) und fr. 3 § 13 de Carbon. ed. (37. 10). Nach dem ursprünglichen Text der erstern Stelle hat der bonorum possessor contra tabulas, wenn er von dem scriptus heres hereditatem petit, Anspruch auf Mancipation der zum Nachlass gehörigen res mancipi: dabei kann nur an die h. p. possessoria gedacht werden; denn die Deutung auf eine „Einforderung der Erbschaft“ durch interdictum Quorum bonorum scheitert daran, dass dieses letztere Rechtsmittel nur auf Erlangung des Besitzes geht, daher nimmermehr zu einer Mancipation führen kann. In der zweiten Stelle aber kann als Gegensatz der hier ausdrücklich als directa actio bezeichneten h. p. des heres nur eine utilis h. p. des bonorum possessor gemeint sein.

Glaube ich nach dem Obigen, mit der herrschenden Ansicht an der h. p. possessoria festhalten zu sollen, so gilt es dagegen in Bezug auf die Gestaltung ihrer Formel die ars ignorandi zu üben. An eine Fiction „si heres esset“ kann bei einer hereditatis petitio natürlich nicht gedacht werden, und doch muss unser Rechtsmittel in irgend einer Form auch äusserlich an die h. p. ciuilis angeknüpft haben, wenn es seinen Zweck, für den b. p^or ein der h. p. ciuilis gleichwirkendes Rechtsmittel zu sein, erreichen wollte. Eine Formel, wie sie Rudorff (E. P. § 59) hat:

> S. p. bonorum Lucii Titii possessionem ex edicto illius praetoris A° A° datam esse, nisi N^s N^s arbitratu tuo A° A° rem restituat, q. e. r. e. et rel.,

eine solche Formel musste den Judex weit mehr an das interdictum Quorum bonorum als an die h. p. civilis erinnern. Aber wie sollen wir uns jene Anknüpfung denken? Eine Fiction, wie sie Huschke[3]) und Leist[4]) als möglich unterstellen — „si praetor bonorum possessione data heredem faceret“ —, muss m. E. als unmöglich zurückgewiesen werden: alle überlieferten Fictionen suchen durch Modificationen des Tatbestands diesen in die bestehende Rechtsordnung einzuordnen; eine Fiction, die die bestehende Rechtsordnung selbst angreift, ist unerhört. Eher könnte in gewissen Fällen — bei der b. p. contra tabulas und unde liberi — an eine h. p. rescissa capitis deminutione gedacht werden. Durchweg brauchbar wäre aber augenscheinlich auch diese Fiction nicht. Wie gesagt, es gilt die ars ignorandi zu üben. —

Neben der h. p. possessoria waren sehr wahrscheinlich schon an dieser Stelle des Edicts die actiones ficticiae des b. p^or [5]) proponirt. Dafür spricht

1) Cf. fr. 5 § 1 de his quae ut indign. (34. 9), c. 1 quor. bon. (8. 2).

2) Vgl. Schröder, das Noterbenrecht (1877) S. 151 fg.

3) Richters Jahrbb. Jahrg. III S. 25.

4) Bon. poss. II² S. 36 n. 16.

5) Gai. III 32. 81, IV 34. Ulp. XXVIII, 12.

entscheidend die Tatsache, dass einerseits nach fr. 3 § 2 de fideic. h. p. (5. 6) auch die utiles actiones des Universalfideicommissars im Anschluss an dessen h. p. proponirt waren und andererseits ein sonstiger geeigneter Platz für die Unterbringung dieser ficticiae actiones fehlt[1]). Die Formeln derselben sind uns bekanntlich bei Gai. IV. 34, wenn gleich wegen Unleserlichkeit der Handschrift nicht in allen Einzelheiten sicher, doch im Wesentlichen erhalten. Die actio in rem des b. p^or^ lautete hienach:

> SI A^s^ A^s^ *L. TITIO* HERES *ESSET, TUM SI EUM* FUNDUM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIUM *EIUS ESSE OPORTERET, SI IS FUNDUS ARBITRATU TUO* *A^o^ A^o^* *NON RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT* et rel.

Die actio in personam:

> Si A^s^ A^s^[2]) *L. TITIO* HERES *ESSET*, TUM SI *PARE*RET N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE, *IUDEX*, *N^m^ N^m^ A^o^ A^o^* et rel.

Bei formulae in factum conceptae bedurfte es natürlich der Fiction nicht[3]).

Auffallend ist auf den ersten Blick, dass in diesen Formeln der Frage, ob die edictalen Voraussetzungen der b. p. vorhanden sind, gar keine Erwähnung geschieht. Indess liegt hier nicht etwa eine Auslassung vor. Bei jeder vom b. p^or^ erhobenen oder gegen ihn gerichteten Klage ständig etwa eine praescriptio

> E. R. A. si A^o^ A^o^ (N^o^ N^o^) ex edicto meo bonorum possessio data est

einzuschieben, dafür lag ganz und gar kein Bedürfniss vor; im Gegenteil: es sprachen gewichtige Gründe dagegen[4]). M. E. verfuhr der Prätor hier genau ebenso wie bei der prozessualen Stellvertretung. Wurde von Seiten dessen, gegen den der b. p^or^ klagte, das Vorhandensein der edictalen Voraussetzungen der b. p. bestritten, und war der Streitpunkt nicht ohne Weiteres spruchreif, so wurde dem Beklagten analog der procuratorischen exceptio mangels Vollmacht (si mandatum est) eine exceptio „si A^o^ A^o^ ex edicto praetoris bonorum possessio data est“ erteilt. Umgekehrt konnte auch dem als b. p^or^ Beklagten, wenn er bestritt, überhaupt die b. p. agnoscirt zu haben, exceptio erteilt werden, wogegen ihm eine Berufung darauf, dass die Erteilung der b. p. an ihn nicht dem Edict gemäss gewesen sei, ohne Zweifel nicht verstattet wurde.

§ 68. DE FIDEICOMMISSARIA HEREDITATIS PETITIONE[5]) *ET UTILIBUS ACTIONIBUS.*

Ulp. 16[6]), Paul. 20[7]).

Die Reihe der Universalklagen wird abgeschlossen durch die h. p. des Universalfideicommissars, neben welcher zugleich die Formeln der diesem und gegen diesen auf Grund des SC Trebellianum zu erteilenden Singularklagen proponirt waren[8]).

1) **Rudorff** (E. P. § 145) stellt sie willkürlich an den Eingang des Titels de bonorum possessionibus.

2) Passiv: N^s^ N^s^.

3) A. M. anscheinend **Bekker**, Aktionen II S. 111.

4) **Leist**, Bon. Poss. I S. 302, II^a^ S. 317 fgg.

5) D. (5. 6).

6) Fr. 1, 3 h. t., fr. 9 de legib. (1. 3), fr. 38, 40 ad SC Treb. (36. 1).

7) Fr. 2 h. t., fr. 39, 41, 43 ad SC Treb. (36. 1).

8) Paul. 20 fr. 41 pr. ad SC Treb. (36. 1) vgl. Ulp. 16 fr. 3 § 2 h. t.: Hae autem actiones

Gai. II 253:

.... Tre*b*ellio Maximo et Ann*a*eo Seneca consulibus senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, qu*a*e iure civili heredi et in heredem competerent, (*ei*) et in eum darentur cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. per quod senatusconsultum desierunt ill*a*e cautiones in usu haberi: pr*a*etor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem quasi heredi et in heredem dare coepit, *e*aeque in *e*dicto proponuntur.

Die Gestaltung der Formeln ist zweifelhaft. Die Juristen commentiren ausführlich den Begriff restituta hereditas[1]). Dabei können sie aber ebenso wohl den Wortlaut des SC Trebellianum — fr. 1 § 2 ad SC Treb. (36. 1) — zur Vorlage gehabt haben, wie die Formel.

Für die h. p. dürfte eine Concipirung in factum, wobei des „hereditatem ex senatus consulto Trebelliano[2]) restitutam esse" Erwähnung geschah, das Wahrscheinlichste sein. Bei den Singularklagen vermutet Rudorff (E. P. § 174)[3]) Formeln mit Personenumstellung, und auf diese Weise knüpfen sich in der Tat diese actiones utiles am leichtesten an den Rechtszustand vor dem Trebellianum an. Denn bis zu diesem SC versprach vermöge der stipulationes emptae et uenditae hereditatis der Fideicommissar dem Erben, ihn gegen die Erbschaftsgläubiger zu defendiren, umgekehrt der Erbe jenem, er werde gestatten: eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi[4]). Die Wirkung des Trebellianum liesse sich dann dahin charakterisiren, dass es diese doppelte Stellvertretung zu einer notwendigen, vom Belieben der Parteien unabhängigen machte[5]). Die Frage, ob die hereditas dem A^s A^s oder N^s N^s ex senatus consulto Trebelliano restituirt worden, wird, wie bei den actiones ficticiae des b. p^{or}, nur, wenn streitig, und dann in Exceptionsform in der Formel zum Ausdruck gekommen sein. Fraglich bleibt, auf welche Weise ein dem Civilerben gegenüber wirksamer und erst nach der Restitution der Erbschaft eingetretener civiler Erlöschungsgrund des eingeklagten Rechts dem Fideicommissar gegenüber unwirksam gemacht wurde, z. B. eine dem Civilerben geleistete Zahlung: diese Frage erhebt sich aber gleicher Massen auch für die actio Rutiliana — Gai. IV 35 —, und es scheint mir nicht möglich, nach Lage der Quellen eine befriedigende Antwort hierauf zu geben[6]).

mihi dantur, quae heredi et in heredem competunt. Anders Rudorff, der die utiles actiones ohne Beleg unter seinen Titel de fideicommissis einordnet.

1) Ulp. 16 fr. 38, 40 ad SC Treb. (36. 1), Paul. 20 fr. 39, 41 § 2, 43 eod., s. auch Ulp. 16 fr. 1 h. t.

2) Dies wichtige Wort — s. fr. 1 h. t. v. „ex quo actiones transeunt", fr. 54 pr. de h. p. (5. 3) v. „ei cui ex Trebelliano senatus consulto hereditas restituta est" — lässt Rudorff, E. P. § 60, aus.

3) Auch Bekker, Aktionen II S. 118.

4) Gai. II 252.

5) Vgl. auch die bei Ulp. 16 fr. 38 § 1 ad SC Treb. (36. 1) hervorgehobene Analogie: Ulpian spricht hier dem Tutor das Recht zu selbständiger Restitution der dem Pupillen zugefallenen Erbschaft ab, „quia nec mandare actiones tutor pupilli sui potest".

6) Besonders glaube ich die Bedeutung des obigen Bedenkens noch für die actiones in rem hervorheben zu sollen: das durch die Restitution der Erbschaft dem Fideicommissar erworbene bonitarische Eigentum — fr. 65 pr. ad SC Treb. (36. 1) — war von der Fortdauer des quiritischen des Fiduciars materiell ganz unabhängig: eine Formel, deren intentio auf

§ 69. DE REI UINDICATIONE[1]).

Ulp. 16[2]). 17[3]), Paul. 21[4]), Gai. 7[5]), Julian. 6[6]). 7[7]).

Ulp. 16 fr. 1 pr. h. t.:

> Post actiones, quae de uniuersitate propositae sunt, subicitur actio singularum rerum petitionis.

Gai. IV 91—93:

> . . . cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agit*ur* aut per sponsionem . . . . . Petitoria . . . formula haec est qua actor intendit REM SUAM ESSE. Per sponsionem uero hoc modo agimus: prouocamus aduersarium tali sponsione: SI HOMO QUO DE AGITUR EX IURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES?

Die formula petitoria lautete folgender Massen:

> JUDEX ESTO[8]). S. P. REM Q. D. A.[9]) EX IURE QUIRITIUM A[i] A[i] ESSE[10]) NEQUE EA RES ARBITRATU TUO A° A° RESTITUETUR[11]), QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, N[m] N[m] A° A° C. S. N. P. A.[12])

dies letztere gestellt wäre, erscheint daher zum Mindesten sehr auffallend, zumal ein der actio Pauliana entsprechendes rescissorisches Rechtsmittel hier fehlt. Ist vielleicht statt der Formel mit Personenwechsel hier eine utilis Publiciana — fr. 12 § 1 de Public. (6. 2) — zu vermuten? etwa gestellt auf fingirte Usucapion der Erbschaft?

1) D. (6. 1), C. (3. 32).

2) Fr. 1, 3, 5, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 22, 75 h. t.

3) Fr. 37, 39 pr. h. t., dazu: fr. 45 de don. i. u. e. u. (24. 1), fr. 1 de cess. bon. (42. 3); fr. 77 h. t. (exceptio legis Cinciae?); fr. 39 § 1 h. t. (replicatio SC Vellaeani); fr. 73 pr. h. t. (Gefahr der plus petitio); fr. 73 § 1 h. t. (Einrede der Superficies? man beachte, dass fr. 75 aus Ulp. *16* ist); fr. 41 pr. h. t., fr. 29 de m. c. don. (39. 6); fr. 41 § 1 h. t. (exceptio rei uenditae ac traditae?). Ulpian scheint sich eine Anzahl der R. V. und Publiciana gemeinsamer Punkte zu besonderer Besprechung nach Erledigung beider Materien aufgespart zu haben.

4) Fr. 2, 4, 10, 12, 14, 16, 21, 23, 27, 31, 33, 35, 74 h. t., fr. 2 ad exhib. (10. 4), fr. 43 loc. (19. 2), fr. 12 de usurp. (41. 3), fr. 25, 28 de V. S. (50. 16), fr. 129 de R. J. (50. 17).

5) Fr. 18, 20, 24, 28, 30, 36, 40, 76 h. t.

6) Cit. fr. 17 pr. § 1 h. t.

7) Fr. 34 h. t., fr. 25 de usur. (22. 1) cf. fr. 17 § 1 h. t. Auch hier drängt sich die gleiche Bemerkung, wie n. 3, auf.

8) Cic. in Verr. II² 12 § 31.

9) Ulp. 16 fr. 1 § 1—3, fr. 3, 5 h. t., Paul. 20 fr. 2, 4 h. t. Ueber die Genauigkeit in der Bezeichnung: Paul. 6 fr. 6 h. t. (s. oben S. 66.) Ueber die Folgen irriger und zweifelhafter Bezeichnung: Ulp. 16 fr. 5 § 4. 5 h. t. Ueber die Vindication freier Personen (s. p. L. Titium filium A[i] A[i] oder in potestate A[i] A[i] esse ex iure Quiritium): Ulp. 16 fr. 1 § 2 h. t., Gai. I 134. Ueber die uindicatio partis: Ulp. 17 fr. 73 pr. h. t., Paul. 21 fr. 35 § 3 h. t., fr. 25 de V. S. (50. 16), vgl. Paul. 6 fr. 6 h. t., Paul. 12 fr. 8 h. t., Gai. 7 fr. 76 pr. h. t. Speciell incertae partis: Gai. 7 fr. 76 § 1 h. t., Gai. IV 54 (quantam partem paret in eo fundo q. d. a. actoris esse), Ulp. 16 fr. 5 pr. h. t. (quantum paret in illo aceruo A[i] A[i] esse), Paul. 23 fr. 8 § 1 comm. diu. (10. 3).

10) Gai. IV 41, Cic. in Verr. II 2, 12 § 31, Frontin. de controu. p. 44. Expressa causa: Ulp. 75 fr. 11 § 2 de exc. r. iud. (44. 2), Paul. 70 fr. 14 § 2 eod. Vgl. noch Prob. Einsidl. 32: E. J. Q. = ex iure Quiritium. Die Worte bezeichnen das Eigentum als civiles und fehlen daher auch da nicht, wo das Civileigentum durch eine Erwerbart des ius gentium erworben ist. A. M. Rudorff, E. P. § 61⁸, vgl. aber Paul. 21 fr. 23 pr. h. t.

11) Paul. 21 fr. 35 § 1 h. t., Ulp. fr. 68 h. t., Ulp. 16 fr. 9 i. f. h. t., c. 21 h. t., Cic. in Verr. II² 12 § 31. In letzterer Stelle bildet Cicero, um die Allmacht des Prätors zu exemplificiren, folgende Formel: S. p. fundum Capenatem q. d. a. ex iure Quiritium P. Seruilii esse neque is fundus Q. Catulo restituetur. So sicher es ist, dass diese Formel eine absichtlich als solche vorgeführte Monstrosität ist, so ist es doch gewiss am wahrscheinlichsten, dass sie sich, von der Vertauschung des Namens in der Restitutionsclausel abgesehen, enge an das Vorbild der formula petitoria anlehnte. Dies gegen Lenel, Beitr. z. K. d. prätor. Edicts (1878) S. 91. Die Namen in der Formel sind solche von iudices der quaestio. Vgl. in Verr. II 3, 90 § 211; 4, 31 § 69, 38 § 82.

12) Gai. IV 51, Paul. 21 fr. 71 h. t.

Hervorragendes Interesse beanspruchen noch die verschiedenen actiones utiles. Dieselben sind zum Teil ficticisch, zum Teil, wie auch Rudorff (E. P. § 61[10]) annimmt, in factum zu concipiren. Ficticisch waren z. B. die in folgenden Stellen erwähnten: Ulp. 16 fr. 5 § 3 h. t. (Fiction: si non coaluisset), Gai. fr. 9 § 2 de A. R. D. (41. 1), Gai. II 78, fragm. de dediticiis, Zschr. der Sav.-Stift. I S. 96 fg. Durch ficticische in rem actiones wurde ferner nicht nur das Verbot der Veräusserung in fraudem creditorum — § 6 J. de act. (4. 6) —, sondern überhaupt alle Veräusserungsbeschränkungen des ius honorarium und extraordinarium[1]) durchgesetzt[2]). Dagegen lässt sich in den Fällen des fr. 55 de don. i. u. e. u. (24. 1), fr. 41 de A. R. D. (41. 1), fr. 2 quando ex facto (26. 9), c. 8 h. t. u. a. m. die utilis R. V. kaum anders als in factum concipirt denken. Ganz eigentümlich ist schliesslich noch die R. V. repetita die, von der in fr. 9 § 6. 7 ad exhib. (10. 4) die Rede ist: s. p. fundum Kalendis Januariis illis ex iure Quiritium A[1] A[1] fuisse[3]).

§ 70. SI AGER UECTIGALIS PETATUR[4]).

Ulp. 17[5]), Paul. 21[6]).

Hinter der R. V. war im Edict die actio in rem für die Erbpächter von Municipalgrundstücken proponirt[7]), und zwar, soweit ersichtlich, ohne vorausgeschicktes Edict, was sich vielleicht daraus erklärt, dass es sich hier um eine Klage nicht des eigentlichen ius honorarium, sondern des ius extraordinarium handelt.

In den Digesten stehen die hiehergehörigen Fragmente unter der Rubrik:

Si ager uectigalis id est emphyteuticarius petatur.

Rudorff (E. P. § 64) hält die hervorgehobenen Worte für echt edictal und beruft sich dafür auf Macer fr. 15 § 1 qui satisd. cog. (2. 8), wo ebenfalls von einem uectigalis id est emphyteuticus ager die Rede ist. Meiner Ueberzeugung nach sind sie beide Mal ein Einschiebsel der Compilatoren. Es ist schlechterdings unglaublich, dass, wie Rudorff annimmt, der Prätor selbst sie zugefügt habe, „ut conducticius ager a stipendiario siue tributario separationem acciperet“: denn der Ausdruck ager emphyteuticarius, wohlgeeignet, das Erbpachtverhältniss an den zur Anpflanzung in Pacht gegebenen kaiserlichen Brachländereien zu bezeichnen, passt ganz und gar nicht für das Erbpachtverhältniss an den Municipalgrundstücken und ist auf diese daher ohne Zweifel erst übertragen worden, als jenes erstere Verhältniss anfing, das letztere an praktischer Bedeutung zu überwiegen, gewiss aber noch nicht in den Zeiten Hadrians. In den Digesten kommt der Ausdruck überhaupt nur in jenen beiden verdächtigen Stellen vor, ausserdem nur noch einmal das ius

1) Fr. de iure fisci § 20, fr. 20 de accus. (48. 2).

2) In diesen Zusammenhang gehören: Paul. 21 fr. 12 de usurp. (41. 3), fr. 28 de V. S. (50. 16), fr. 129 de R. J. (50. 17). Deutlichen Bezug auf die actio rescissoria der Gläubiger hat namentlich die letzte Stelle. Auf welche (Gesetzes-?) Worte sich fr. 28 § 1 de V. S. bezog, ist nicht mehr zu ermitteln.

3) Rudorff, E. P. § 61[10].

4) D. (6. 3).

5) Fr. 27 pr. de V. S. (50. 16).

6) Fr. 1, 3 h. t.

7) Actio quae de fundo uectigali proposita est, fr. 66 pr. de euict. (21. 2). Vectigalis actio: fr. 15 § 26 de dam. inf. (39. 2).

ἐμφυτευτικόν in fr. 3 § 4 de reb. eor. (27. 9), das vielleicht bereits auf kaiserliche Ländereien zu beziehen ist. Wie hätte der Prätor hoffen sollen, dass ein fremdländisches, unpassendes und selten gebrauchtes Wort zur Verdeutlichung seiner Absichten dienen werde?

Ebenso wenig kann ich Rudorff beistimmen, wenn er die Formel der actio uectigalis in ius concipirt:

S. p. agrum uectigalem, id est emphyteuticarium (!), A^i A^i esse ....

Als Beweis führt R. für diese Conception einzig an, dass Paul. 21 fr. 1 § 1 h. t. die actio des Erbpächters als actio in rem bezeichnet. Was aber daraus hervorgehen soll, ist mir um so unklarer, als R. selbst (E. P. § 61[10]) annimmt, dass die utilis R. V. zuweilen in factum concipirt gewesen sei, und diese Annahme in der Tat ganz unvermeidlich ist[1]). Umgekehrt ist es nicht denkbar, dass die Römer, wenn das Rechtsverhältniss am ager uectigalis officiell[2]) als eius esse anerkannt gewesen wäre, Jahrhunderte lang darüber hätten im Zweifel sein können, ob der für dies Verhältniss übliche Name locatio im technischen Sinne berechtigt sei[3]): durch das „eius esse" wäre das Geschäft als Kauf geradezu proclamirt worden. Ich schliesse mich daher Savigny[4]) und Bethmann-Hollweg[5]) in der Annahme einer formula in factum concepta an, über deren Fassung natürlich nur Vermutungen möglich sind. Das Wort ager ist ausser in der Digestenrubrik auch bei Ulp. 17 fr. 27 pr. de V. S. bezeugt[6]). Da ferner Paul. 21 in fr. 1 pr. h. t.[7]) die agri uectigales als solche definirt, qui in perpetuum locantur, und auch in fr. 1 § 1 fortfährt:

> Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamuis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem . . .,

so glaube ich annehmen zu sollen, dass die Musterformel nur auf den Fall ewiger Pacht reflectirte. Damit würde ganz gut stimmen, dass Paulus in fr. 3 h. t. fortfährt:

> Idem est et si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum sit.

Eine Formel:

> *S. p. A^m A^m fundum Cornelianum a municipibus municipii Venusini in perpetuum fruendum conductum habere*[8]) *neque is fundus arbitratu tuo et rel.*

scheint mir daher grosse Wahrscheinlichkeit für sich zu haben.

Exceptio uectigalis non soluti: Ulp. 17 ad Sabin.[9]) fr. 2 h. t.

1) S. oben S. 146.

2) Eine gelegentlich von einem einzelnen Juristen der Kürze halber gebrauchte Wendung, wie in fr. 9 de rescind. uend. (18. 5), kommt hier nicht in Betracht.

3) Gai. III 145, § 3 J. de locat. (3. 24).

4) System, V S. 81 n. i1.

5) C. P. II S. 315 n. 56.

6) Zu der in § 71 besprochenen Formel kann fr. 27 pr. cit. nicht gehören, da bei dieser für Grundstücke aller Art bestimmten Klage eine Beschränkung auf agri nicht denkbar ist. Unsere actio uectigalis aber konnte den seltenen Fall des aedificium uectigale sehr wohl unberücksichtigt lassen.

7) Vgl. auch fr. 11 § 1 de public. (39. 4), § 3 J. de loc. (3. 24).

8) Conductum habere: wegen des Uebergangs der Klage auf die Successoren ziehe ich obige Fassung dem „conduxisse" bei Savigny und Bethmann-Hollweg vor.

9) Die Inscription ist richtig und nicht etwa in 17 ad edict. zu verbessern. Die Stelle passt auch in den Zusammenhang von Ulp. 17 ad Sab.

§ 71. *SI PRAEDIUM STIPENDIARIUM UEL TRIBUTARIUM PETATUR.*

Ulp. 17[1]).

Im städtischen Edict war natürlich von der uindicatio[2]) der praedia stipendiaria und tributaria[3]) keine Rede. Im Provinzialedict aber war ohne Zweifel eine Formel für dieselbe proponirt, und, dass sie gerade an dieser Stelle stand, ist nicht nur an sich wahrscheinlich, sondern auch daraus zu schliessen, dass Ulp. 17 fr. 27 de V. S. in demselben Fragment, dessen pr. den der Formel der actio uectigalis angehörigen Begriff ager definirt, in § 1 von den Begriffen stipendium und tributum handelt.

Ueber die Conception dieser Formel sind wir leider nicht unterrichtet. Frontinus (s. n. 3) berichtet freilich von den Provinzialen:

> uindicant . . . inter se non minus fines ex aequo ac si priuatorum agrorum.

Aber dieser Bericht will nur sagen, dass den Provinzialen, obwohl sie nicht Eigentümer des Provinzialbodens seien, dennoch aus Billigkeitsgründen die Vindication[4]) gestattet worden sei, und hätte nimmermehr dahin führen sollen, die auch von Rudorff (E. P. § 63) adoptirte unmögliche Formel aufzustellen:

> S. p. agrum q. d. a. . . . . ex aequo A^i A^i esse.

Denn nachdem einmal ein Privatrecht am Provinzialboden anerkannt war, konnte die Frage, wem dieses Recht zustehe, hier ebenso wenig wie irgendwo anders eine Frage der aequitas sein.

Da für das Quasi-Eigentum am Provinzialboden der Ausdruck possessio et ususfructus technisch ist[5]) und da in der inschriftlich überlieferten lex agraria von 643 dasselbe wiederholt[6]) technisch als habere possidere frui (licere) bezeichnet ist, so halte ich es für das weitaus Wahrscheinlichste, dass die Formel auf

> S. p. A^o A^o fundum q. d. a. habere possidere frui licere neque is fundus et rel.

oder ähnliche Worte gestellt war.

§ 72. SI USUSFRUCTUS PETATUR[7]) UEL AD ALIUM PERTINERE NEGETUR[8]).

Ulp. 17[9]), Paul. 21[10]), Gai. 7[11]), Julian. 7[12]).

Die confessorische und negatorische Formel für den Niessbrauch ist zwar

1) Fr. 27 § 1 de V. S. (50. 16).
2) Fr. Vat. 315. 316.
3) Gai. II 14 i. f. 21, Fr. Vat. 61. 259. 283, § 40 J. de R. D. (2. 1), Theophil. ad h. l., Frontin. de controu. ed. Lachm. p. 36.
4) Mit der uindicatio finium ist übrigens keineswegs technisch die R. V., sondern vielmehr der Grenzstreit in seinen verschiedenen möglichen Gestaltungen gemeint.
5) Gai. II 7, Theophil. l. c., Frontin. l. c. S. auch Apograph. Studem. cod. Ver. p. 60, lin. 7. 8.
6) Lin. 50. 52. 82 vgl. lin. 32. 40 (C. J. L. I, 75, n. 200).
7) *Flor.* petetur.
8) D. (7. 6).
9) Fr. 5 h. t., fr. 10 de usuf. adcr. (7. 2), fr. 2 de oper. seru. (7. 7).
10) Fr. 6 h. t.
11) Fr. 6, 39, 45, 74 de usuf. (7. 1), fr. 5 de usuf. adcr. (7. 2), fr. 19, 30 quib. mod. ususf. (7. 4), fr. 2, 7 de usuf. ear. rer. (7. 5), fr. 3 de oper. seru. (7. 7), fr. 1, 13 de usu (7. 8), fr. 49 de euict. (21. 2).
12) Fr. 3 h. t., cit. fr. 5 § 1 h. t. Fr. 12 de statu lib. (40. 7)? (Vermächtniss des Niessbrauchs an mehrere namentlich angeführte Erben?)

nicht überliefert, aber nach den erhaltenen Andeutungen im Wesentlichen sicher wiederherzustellen.

Confessoria[1]):

SI PARET A° A° IUS ESSE EO FUNDO[2]) Q. D. A. UTI FRUI[3]) NEQUE EA RES ARBITRIO TUO A° A° RESTITUETUR[4]), QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM et rel.[5])

Negatoria:

SI PARET N° N° IUS NON ESSE EO FUNDO Q. D. A. UTI FRUI INUITO A° A°[6]) NEQUE EA RES ARBITRIO TUO A° A° RESTITUETUR[7]), Q. E. R. E., et rel.[8])

Neben die actio negatoria stellt man und zwar nicht nur hier, sondern auch bei den Realservituten, seit Zachariä's bekannter Abhandlung in der Zschr. f. gesch. R. W. (Bd. 12 S. 258 fgg.) sehr allgemein als Parallelformel noch eine prohibitoria mit der intentio: s. p. A° A° ius esse prohibendi N^m N^m uti frui. Hauptstütze dieser Ansicht ist das unten (n. 1) angeführte, wahrscheinlich von Stephanus herrührende Scholion, wo allerdings mit dürren Worten berichtet ist, der Prätor habe ausser der actio confessoria und negatoria noch eine dritte — prohibitorische — Formel proponirt, mit der intentio: *εἰ φαίνεταί με δίκαιον ἔχειν τοῦ κωλύειν σε τοῦ* uti frui. Neben diesem Scholion stehen dann noch einige weitere byzantinische Zeugnisse für die Existenz dieser *ἀγωγὴ προϊβιτορία*[9]), und endlich glaubt man Spuren dieser formula prohibitoria auch noch in zwei Digestenstellen — Ulp. 17 fr. 5 pr. h. t., Marcell. lib. 6 dig. fr. 11 si seru. uind. (8. 5) — entdeckt zu haben.

Ich habe die Annahme einer solchen formula prohibitoria in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung[10]) ausführlich bekämpft. Ich wies dort nach, dass die historischen Angaben des Stephanus keineswegs durchweg zuverlässig sind, und liess die andern byzantinischen Berichte nicht als unterstützendes Moment gelten, da sie dem vielbenutzten Stephanus nachgeschrieben sein können. Was die Digestenstellen anlangt, so zeigte ich, dass die Worte, die man in fr. 5 pr. h. t. auf die formula prohibitoria deutete, diese Beziehung nicht nur nicht haben, sondern dem ganzen Zusammenhang nach nicht haben können. Für fr. 11 cit. gab ich zu, dass das „agere ius sibi prohibendi

1) Ulp. 17 fr. 5 pr. h. t.: Uti frui ius sibi esse solus potest intendere qui habet usum fructum. Stephan. in h. l. (suppl. Basil. ed. Zachariä p. 112 sq.). Gai. IV 3.

2) Illa parte fundi: Ulp. 17 fr. 5 § 2 h. t. Hieher auch fr. 10 de usuf. adcr. (7. 2) cf. fr. 5 § 5 h. t.

3) Ad tempus: fr. Vat. 52.

4) Ulp. 17 fr. 5 § 3—5 h. t. Fr. 5 § 4a: fructuario qui uicit omnis causa restituenda est.

5) Gai. IV 51.

6) Ulp. 17 fr. 5 pr. h. t.: .... actio negatiua ......, cum inuito se negat ius esse utendi fructuario. Stephan. l. c.: *εἰ φαίνεταί σε μὴ ἔχειν δίκαιον τοῦ* uti frui inuito me. Vgl. ferner: fr. 11 § 2 de pignor. (20. 1).

7) Ulp. 17 fr. 5 § 6 h. t.

8) Gai. IV 51.

9) Vgl. H. Witte, Zschr. f. Civ. Rt. u. Pr. N. F. XIII, S. 392 fg.; ferner: Gloss. Labb. s. v. *προνιβιτορία* (Otto, Thes. III p. 1791), Psellus, synopsis leg. v. 565, dazu die von Bosquetus (Meermann, Thes. I p. 69) mitgeteilte Glosse.

10) II. S. 72 fgg.

esse“ in dieser Stelle ein anderes Rechtsmittel bezeichnet als die gleich darauf erwähnte actio negatoria. Gleichwohl glaubte ich aus diesem Fragment nicht auf eine formula prohibitoria im classischen Recht schliessen zu dürfen, weil ich mir sagte, dass, wenn es im classischen Rechte eine von Justinian nicht abgeschaffte actio prohibitoria gegeben hätte (und die Byzantiner bezeichnen ja die actio prohibitoria als fortdauernd praktisch), alsdann hievon in die Digesten mehr übergegangen sein müsste als diese vereinzelte Stelle, dass namentlich das Schweigen der Edictcommentare dann unerklärlich wäre. Aus diesem Grunde suchte ich dem „agere ius sibi prohibendi esse“ in fr. 11 cit. eine andere Deutung zu geben und fand dieselbe — es handelt sich in fr. 11 um die Verhinderung eines Hausbaus — in der Beziehung der Worte auf das an die operis noui nuntiatio sich anschliessende Interdictsverfahren. Die Entstehung der byzantinischen actio prohibitoria suchte ich zu erklären auf dem Wege einer an ebendies Interdictsverfahren sich anschliessenden historischen Entwicklung.

Was nun die Frage betrifft, ob das classische Recht eine formula prohibitoria kannte, so halte ich auch heute noch aus den angegebenen Gründen an der verneinenden Antwort fest. Den Bericht des Stephanus aber, überhaupt das Vorkommen der actio prohibitoria bei den Byzantinern und das Fehlen derselben in den Digesten bis auf die verlorene Spur in fr. 11 cit., dies glaube ich jetzt auf eine weit ungezwungenere und plausiblere Art erklären zu können, als a. a. O. geschehen. In rem actio duplex est, so wissen wir aus Gai. IV 91, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem. Dies ist von der in rem actio überhaupt gesagt, also auch von der Klage zur Geltendmachung und zur Abwehr von Servituten: könnte nun nicht der Bericht des Stephanus und überhaupt die byzantinische actio prohibitoria zurückzuführen sein auf die Fassung der sponsio, mit der der Eigentümer gegen die Anmassung von Servituten auftrat? Dann würde sich das fast spurlose Verschwinden der actio prohibitoria aus den von Justinian überlieferten Quellen sehr leicht erklären: die Compilatoren strichen die auf dieselbe bezüglichen Stellen — nicht etwa weil sie die prohibitorische Formulirung missbilligten: darum blieb diese Formulirung auch bei den Byzantinern praktisch —, sondern weil sie das agere per sponsionem als Antiquität in dem Recht ihrer Zeit nicht mehr brauchen konnten. Gerade für die sponsio würde sich aber die prohibitorische Fassung wohl begreifen lassen. Die formula negatoria hat ihr Vorbild in der legis actio negatoria, und diese wieder verdankt die Art ihrer Fassung dem in der legis actio gegebenen Erforderniss einer der confessorischen Behauptung auch äusserlich möglichst genau entsprechenden Gegenbehauptung. Es begreift sich, meine ich, dass man, als das agere per sponsionem aufkaum, dies von der Notwendigkeit der correspondirenden Behauptung und Gegenbehauptung befreite Verfahren durch eine von der negatorischen legis actio abweichende Fassung der für den negirenden Kläger bestimmten sponsio auszeichnete, und es begreift sich andererseits auch wieder, dass man, als in späterer Zeit die legis actio überhaupt abkam, an der negatorischen Formulirung keinen Anstoss mehr nahm und diese daher in die Formeln recipirte.

§ 73. SI SERUITUS UINDICETUR UEL AD ALIUM PERTINERE NEGETUR[1]).

Ulp. 17[2]), Paul. 21[3]), Gai. 7[4]), Julian. 7[5]).

Für welche Servituten hier im Edict Formeln proponirt waren, lässt sich mit ziemlicher Sicherheit ermitteln. Unter den Rusticalservituten hatten nur die Wegeservituten eine an dieser Stelle des Albums proponirte Formel. Dieselbe wird ausführlich besprochen von Ulp. 17 fr. 2 § 1—3, fr. 4 pr. — § 5 h. t., Paul. 21 fr. 7 pr. de S. P. R. (8. 3), fr. 9 h. t., fr. 2 quemadm. seru. (8. 6), Gai. 7 fr. 8 de S. P. R. (8. 3). Eine Formel, sage ich: denn nach den Commentaren können die Wegeservituten sämmtlich nur eine proponirte Formel gehabt haben, die auf ius eundi agendi gestellt war; stand dann bloss ein ius eundi in Frage, so wurde das agere gestrichen, wenn eine uia, so wurde vermutlich per uiam eingeschoben, so dass die intentio jetzt auf „per uiam ire agere" ging[6]). Rudorff (E. P. § 66) stellt neben die Formel für die Wegeservituten auch noch eine solche für den aquae ductus. Eine solche nun war im Edict allerdings proponirt, aber nicht an dieser Stelle, sondern erst viel später neben der actio aquae pluuiae arcendae[7]) (vgl. § 176). Was die übrigen Rusticalservituten angeht, so zeigt § 2 J. de seru. (2. 3) deutlich, dass für diese eine Formel im Edict nicht proponirt gewesen sein kann:

> In rusticorum praediorum seruitutes quidam computari recte putant aquae haustum[8]), pecoris ad aquam adpulsum, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae.

Auf nicht edictale Rusticalservituten haben wir daher die Worterklärungen bei Gai. 7 fr. 30 de V. S. (50. 16) zu beziehen.

Von den Urbanservituten waren im Edict berücksichtigt das ius altius non tollendi[9]), oneris ferendi[10]), tigni immittendi[11]), ohne Zweifel auch die seruitus stillicidii, die in dem Verzeichniss von Urbanservituten, das Gai. 7 in fr. 2 de S. P. U. (8. 2) gibt, noch vor der seruitus tigni immittendi figurirt[12])

1) D. (8. 5).

2) Fr. 2, 4, 6, 8 h. t., fr. 2 de seru. (8. 1), fr. 5 de S. P. U. (8. 2), fr. 3, 5 de S. P. R. (8. 3), fr. 2 comm. praed. (8. 4), fr. 44 loc. (19. 2), die letzte Stelle fälschlich Ulp. 7 inscribirt.

3) Fr. 5, 7, 9 h. t., fr. 3, 6 de seru. (8. 1), fr. 1 de S. P. U. (8. 2), fr. 7 de S. P. R. (8. 3), fr. 2 quemadm. seru. (8. 6).

4) Fr. 5 de seru. (8. 1), fr. 2, 6, 8 de S. P. U. (8. 2), fr. 8 de S. P. R. (8. 3), fr. 3 comm. praed. (8. 4), fr. 1, 3 quemadm. seru. (8. 6), fr. 30 de V. S. (50. 16).

5) Fr. 16 h. t., fr. 32, 37 de S. P. U. (8. 2), fr. 27 de S. P. R. (8. 3).

6) Vgl. Ulp. fr. 1 de S. P. R. (8. 3): uia est ius eundi et agendi [et ambulandi] (die zwei letzten Worte hält auch Mommsen für Einschiebsel). Paul. 21 fr. 7 pr. i. f. eod., fr. 9 pr. h. t.: siue uiam habet, ius sibi esse ire agere ..... intendere potest. Cels. fr. 6 i. f. quemadm. seru. (8. 6): quod per duas pariter uias ire agere possit. Vgl. auch fr. 9 de seru. (8. 1).

7) Daher springt Ulpians Commentar in fr. 4 § 6 h. t. nach Erledigung der Wegeservituten in ganz auffälliger Weise zum aquae haustus über und lässt den viel wichtigeren aquae ductus unbesprochen.

8) Vgl. auch Ulp. 17 fr. 4 § 6 h. t.: sed et de haustu, quia seruitus est, competunt nobis in rem actiones.

9) Ulp. 17 fr. 4 § 7. 8, fr. 6 pr. § 1 h. t., Paul. 21 fr. 5 h. t., Gai. 7 fr. 2 de S. P. U. (8. 2), Julian. 7 fr. 32 eod.

10) Ulp. 17 fr. 6 § 2—7, fr. 8 pr. h. t., Paul. 21 fr. 7 h. t., fr. 1 § 1 de S. P. U. (8. 2), vgl. Gai. 7 fr. 8 eod.

11) Ulp. 17 fr. 8 § 1—4 h. t., Julian. 7 fr. 37 de S. P. U. (8. 2). Ulpian schloss hier die Erörterung sonstiger möglicher Immissionsservituten an, cf. fr. 8 § 5—7 h. t.

12) Vgl. auch § 1 J. de seru. (2. 3), Paul. 21 fr. 9 pr. h. t., Julian. 7 fr. 16 h. t.

und schon in vorciceronischer Zeit als Servitut anerkannt war[1]), daneben endlich wohl auch die seruitus fluminis, die mit jener gewöhnlich in engster Verbindung vorkommt[2]). Weitere Servitutformeln wird man schwerlich vermuten dürfen. Namentlich bezweifle ich die Edictsässigkeit der Formeln für die seruitutes proiciendi und protegendi. Zwar sind letztere in dem Verzeichniss bei Gaius fr. 2 cit. namentlich angeführt, aber erst am Schluss und mit einem angehängten ceteraque istis similia, was jener Anführung ihre Bedeutung nimmt; in dem Verzeichniss des § 1 J. de seru. (2. 3) fehlen sie, und auch die Commentare gehen auf diese Servituten gar nicht ein[3]).

In der Fassung der Formeln weiche ich in einem Hauptpunkte von der üblichen ab: ich glaube die Restitutionsclausel hier weglassen zu müssen, als unvereinbar mit dem Bericht des Paulus in fr. 19 i. f. de h. p. (5. 3):

> Seruitutes in restitutionem hereditatis non uenire ego didici, cum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus . sed si non patiatur ire et agere, propria actione conuenietur.

So konnte der Jurist, man mag die Stelle im Uebrigen verstehen wie man will[4]), nicht schreiben, wenn in den Servitutformeln selber breit geschrieben stand: neque ea res arbitrio tuo restituetur, und in der Tat begreift sich ja auch sehr gut, dass man bei diesen Actionen, deren älteste — die Rusticalservitutklagen — fast nie eine restitutio im eigentlichen Sinne mit sich bringen, die obige Clausel wegliess. Was daher in den Commentaren vom officium iudicis bei unsern Klagen gesagt ist[5]), schliesst sich nicht an einen Formelbestandteil an.

Die angebliche formula prohibitoria betreffend verweise ich auf das § 72 Ausgeführte.

Ich lasse nun die Formeln folgen.

I. 1. *S. P. A° A°* IUS ESSE PER FUNDUM ILLUM IRE AGERE[6]), QUANTI EA RES ERIT et rel.

2. *S. P. N° N°* IUS NON ESSE PER FUNDUM ILLUM IRE AGERE INUITO *A° A°*[7]), QUANTI et rel.

II. 1. *S. P. A° A°* IUS ESSE AEDES SUAS ALTIUS TOLLERE INUITO *N° N°*[8]), QUANTI et rel.

2. *S. P. N° N°* IUS NON ESSE AEDES SUAS ALTIUS TOLLERE INUITO *A° A°*[9]) QUANTI et rel.

1) Cic. de orat. I 38 § 173, vgl. auch Varro, de L. L. V 27. Vgl. Voigt, Berichte der königl. sächs. Gesellsch. der Wiss. XXVI S. 188.

2) § 1 J. cit., Varro l. c.

3) Angeführt sind sie nur noch bei Paul. 21 fr. 1 pr. de S. P. U. (8. 2).

4) Vgl. Francke, Comm. über den Pandektentitel de H. P. S. 208 fgg.

5) Vgl. fr. 4 § 2, 6 § 5 sq., fr. 7, 8 pr. § 4 h. t.

6) Vgl. ausser S. 151 noch Gai. IV 3, fr. 20 pr., 23 § 3 de S. P. R. (8. 3), Theophil. ad J. IV, 6 § 2. Rudorff hat per locum illum N^i N^i: allein die Klage setzt nicht voraus, dass der Beklagte Eigentümer des dienenden Grundstücks ist.

7) Ulp. 17 fr. 5 de S. P. U. (8. 2); a. M. namentlich Ihering, Geist d. röm. R. IV n. 97 a. E., s. aber H. Pernice, comm. iur. Rom. duae (1857) p. 160 sq., auch Schmidt (v. Ilmenau) krit. Vjschr. VII S. 294 fgg.

8) Ulp. 17 fr. 4 § 7 h. t. Vgl. noch Fr. Vat. 53, fr. 26 de exc. r. iud. (44. 2), fr. 15 de O. N. N. (39. 1), fr. 17 comm. praed. (8. 4). Ihering, a. a. O., Schmidt, a. a. O. S. 295.

9) Ulp. 17 fr. 4 § 8 h. t., Afric. fr. 15 de O. N. N. (39. 1). Ita aedificatum habere: Ulp. 17 fr. 6 pr. h. t., Paul. 21 fr. 9 pr. h. t., vgl. fr. 17 comm. pr. (8. 4), fr. 45 de damno inf. (39. 2).

III. *S. p. A° A° ius esse cogere N^m N^m, ut A^i A^i onera sustineat et parietem reficiat ad onera ea sustinenda*[1]), *quanti* et rel.

IV. 1. *S. p. A° A° ius esse in pariete illius aedificii tigna immittere*[2]), *quanti* et rel.

2. *S. p. N° N° ius non esse in parietem illius aedificii tigna immissa habere*[3]) *inuito A° A°*[4]), *quanti* et rel.

V. 1. *S. p. A° A° ius esse stillicidium (flumen) in tectum illius aedificii (aream illam) auertere*[5]), *quanti* et rel.

2. *S. p. N° N° ius non esse stillicidium (flumen) in tectum illius aedificii (aream illam) auertere inuito A° A°*, *quanti* et rel.

§ 74. *DE MODO AGRI.*

Ulp. 18[6]), Paul. 21[7]), Julian. 7[8]).

Paul. sent. II 17 § 4[9]):

> Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta conuenitur.

Dass die uralte Civilklage de modo agri an dieser Stelle des Edicts stand (was bisher übersehen worden), folgt überzeugend aus Inhalt und Inscription der n. 6—8 citirten Stellen[10]). Vermutungen über ihre Formel aufzustellen, würde natürlich müssige Arbeit sein.

Hervorzuheben ist, dass die Commentare keinerlei Spuren davon aufweisen, dass ausser der actio de modo agri an dieser Stelle des Edicts noch andere altcivile Delictsklagen proponirt gewesen wären. Die auctoritas wird uns erst bei den Stipulationen begegnen. Von der actio de arboribus succisis[11]) und de uia recepta[12]) wage ich nicht einmal mit Bestimmtheit zu sagen, dass Formeln für sie im Edicte proponirt gewesen. Von letzterer findet sich in den Commentaren überhaupt keine Spur, von ersterer nur solche, die den Commentaren zu andern Rechtsmitteln teils nachweislich angehören, teils mindestens angehören können[13]).

1) Ulp. 17 fr. 6 § 2, fr. 8 § 2 h. t. Zweifelhaft, ob onera „ferat" oder „sustineat" (vgl. auch § 1 J. de seru.). Die negatoria scheint nach der Ausdrucksweise Ulpians in fr. 8 pr. i. f. h. t. nicht proponirt gewesen zu sein.

2) Ulp. 17 fr. 8 § 1 sq. h. t. Kein inuito N° N°: H. Pernice, l. c. p. 159. S. aber auch Schmidt, a. a. O. S. 296 fgg. Zweifelhaft.

3) Arg. Ulp. 17 fr. 8 § 3 h. t., Alfen. fr. 17 pr. h. t.

4) Schmidt, a. a. O. S. 296. Anders Rudorff, E. P. § 66 n. 19, s. aber fr. 17 pr. h. t.

5) Gai. 7 fr. 2 de S. P. U. (8. 2). Immittere? Paul. 21 fr. 9 pr. h. t., Julian. 7 fr. 16 h. t. (Publiciana).

6) Fr. 34 de A. E. V. (19. 1), fr. 14 de euict. (21. 2).

7) Fr. 51 de contr. empt. (18. 1).

8) Fr. 22 de A. E. V. (19. 1), cit. fr. 11 de peric. (18. 6).

9) Ueber Paul. I 19 § 1 vgl. Rudorff, Zschr. f. gesch. R. W. XIV S. 428 fg.

10) Vgl. Lenel, Zschr. der Sav.-St. III S. 190 fg.

11) Vgl. über diese unten § 139.

12) Paul. fr. 3 pr. de uia publ. et itin. publ. refic. (43. 11).

13) So wird namentlich Paul. 22 fr. 11 arbor. furt. caes. (47. 7) dem Commentar zur actio legis Aquiliae zuzuweisen sein.

§ 75. SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICETUR[1].

Ulp. 18[2], Paul. 22, Gai. 7.

Diese Formel kann im Wesentlichen sicher folgender Massen reconstruirt werden:

> SI PARET QUADRUPEDEM[5] PAUPERIEM FECISSE[6], QUA DE RE AGITUR, QUAM OB REM N^m N^m A^o A^o AUT NOXIAM SARCIRE AUT IN NOXAM DEDERE OPORTET[7], QUANTI EA RES EST, TANTAM PECUNIAM AUT IN NOXAM DEDERE IUDEX N^m N^m A^o A^o C. S. N. P. A.

Die vorstehende Formel unterscheidet sich in einem Hauptpunkt von der durch Rudorff E. P. § 67 vorgeschlagenen. R. concipirt in factum: ich concipire mit Voigt[8] in ius, und in der intentio, nicht bloss in der condemnatio, figurirt das Recht zur noxae deditio. Da ich diese Formulirung bei **allen** civilen Noxalklagen für geboten ansehe, und da dieselbe hergebrachten Meinungen entgegengesetzt ist, so muss ich etwas näher auf die Frage eingehen.

Zunächst, dass eine uralte Civilklage eine intentio iuris ciuilis hatte, wird wohl allerseits als wahrscheinlich zugegeben werden[9]. Hatte sie diese aber, wie kann darin die auf den zwölf Tafeln beruhende facultas noxae dedendi gefehlt haben? Ulpian berichtet in fr. 1 pr. h. t.:

> Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex uoluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre.

Ist dieser Bericht zuverlässig, so wäre eine intentio „quam ob rem N^m N^m noxiam sarcire oportet“ geradezu als plus petitio zu charakterisiren gewesen; denn wenn die 12 Tafeln sagen „aut noxiam sarcito aut in noxam dedito“, so ist die Behauptung „N^m N^m noxiam sarcire oportet“ einfach unwahr. Wie man sich dieser schlagenden Erwägung gegenüber darauf berufen mag, dass nach Auffassung der classischen Juristen die noxae deditio nur in solutione, nicht in obligatione sei, ist mir nicht begreiflich. Ist denn jene Auffassung, wenn sie wirklich diejenige der römischen Juristen war (was trotz fr. 6 § 1 de re iud. nur mit Einschränkungen zugegeben werden kann), ist denn jene Auffassung nicht in der Wissenschaft entstanden, und setzt etwa die intentio, wie ich sie fasse, einer wissenschaftlichen Interpretation dieser Art unüber-

1 D. 9, 1. J. 4, 9, cf. Rubr. coll. leg. Mos. VII 3: Ulp. 18 ad edict. sub titulo si quadrupes pauperiem dederit.

2 Fr. 1 h. t., fr. 7 de interrog. (11, 1), fr. 130 de R. J. (50, 17), cf. § 1 J. h. t.; fr. 40 de O. et A. (44, 7) = fr. 130 de R. J. (50, 17), fälschlich Ulp. 17 inscribirt.

3 Fr. 2, 4 h. t.

4 Fr. 3 h. t.

5 Ulp. 18 fr. 1 § 2 h. t. Daher quadrupedaria actio bei den Byzantinern, so vielfach in den Scholien in Basil. LX 2. De cane: fr. 1 § 5 h. t., cf. Paul. I 15 § 1: quod etiam lege Pesulania (?) de cane cauetur. Bei bipedes utilis actio (quam ob rem, si quadrupes fecisset, etc.): fr. 4 h. t.

6 Ulp. 18 fr. 1 § 3—11 h. t. Fr. 1 § 3: Ait praetor „pauperiem fecisse“ („ait praetor“ ist interpolirt: unsere actio beruht nicht auf Edict; das Folgende gehört der **Formel** an). Paul. ex Festo s. v. pauperies. Caper de orthogr. (Keil, corp. grammat. VII p. 99): pauperies damnum est.

7 Ulp. 18 fr. 1 § 11 i. f. h. t. Bei actio interrogatoria — Ulp. 18 fr. 7 de interr. (11. 1) — hiess es statt „N^m N^m“: dominum eius.

8 Jus natur. III S. 788; über den Bedeutungswechsel, Abh. d. kgl. sächs. Gesellsch. d. Wiss. VI S. 132. Vgl. übrigens auch Karlowa, C. Pr. S. 121 fg.

9 Vgl. auch fr. 42 § 1 de nox. act. (9. 4): absolui debet, quia desiit uerum esse propter eum dare oportere. Dazu unten § 128 a. E.

steigliche Hindernisse in den Weg? ist sie nicht vielmehr mit ihr vollkommen vereinbar? und glaubt man etwa, dass sich auch schon die Verfasser der 12 Tafeln und der darauf gebauten Legisactionen über derartige Subtilitäten Kopfzerbrechens gemacht haben? „Der Herr des Tiers muss Schadenersatz leisten oder noxae dediren“: ich weiss nicht, wie der legislative Gedanke klarer und treffender, ich weiss überhaupt nicht, wie er anders auszudrücken war. Man hätte das wohl auch längst eingesehen, wenn man nicht durch das Beispiel der prätorischen Noxalklagen irre geführt worden wäre[1]), wo natürlich eine Erwähnung der noxae deditio in der intentio so wenig möglich war, wie eine solche der litis aestimatio. Für unsere actio de pauperie ist nun aber — und wunderbar genug, dass dies bis auf Voigt übersehen worden, — die alternative intentio sogar wortgetreu in fr. 1 § 11 h. t. überliefert:

> Cum arietes uel boues commisissent et alter alterum occidit, Q. Mucius distinxit, ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non prouocauerat, competeret actio: quam ob rem eum sibi aut nox*i*am[2]) sarcire aut in noxam dedere oportere.

Dass die hervorgehobenen Worte Formelcitat sind und das unmögliche „eum sibi“ auf Rechnung der Compilatoren zu schreiben, die auf solche Weise das ursprünglich vorhandene „N^m N^m A^o A^o“ zu ersetzen versucht haben mögen, — dies, meine ich, sollte, einmal bemerkt, gar keines Beweises mehr bedürfen. Ich glaube aber noch weiter gehen zu müssen: die Worte sind nicht nur Formelcitat, sondern sie sind sogar das Formelcitat, welches Ulpian, um den Gegenstand des Folgenden zu bezeichnen, an die Spitze des auf die intentio bezüglichen Teils seines Commentars stellte; sie gehörten ursprünglich nicht an den Schluss des § 11, sondern an die Spitze der §§ 12—16. Dies ergibt sich mit Bestimmtheit aus der Betrachtung des Commentars. In fr. 1 § 2—11 h. t. bespricht Ulpian die Formelworte „s. p. quadrupedem (§ 2) pauperiem fecisse (§ 3—11)“, den Tatbestand, den unsere actio voraussetzt, ohne sich auf Natur und Gegenstand der aus diesem Tatbestand hervorgehenden Haftung irgendwie einzulassen. Was für einen Sinn sollte es nun haben, wenn am Schlusse des § 11, der lediglich ein weiteres Beispiel zu den übrigen fügte, gesagt wurde, in diesem Falle stehe ein actio „quam ob rem aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportere“ zu? War vorher etwa von einer andern actio die Rede? oder gab der Fall des § 11 besondern Anlass zur Anführung der intentio? Nun prüfe man umgekehrt die auf jenes Citat unmittelbar folgenden §§ auf ihr Verhältniss zur intentio. § 12 stellt den Grundsatz auf: cum noxa caput sequitur, aduersus dominum haec actio datur. Das fügt sich trefflich zu dem „quam ob rem N^m N^m .... oportet“: das oportere für N^s N^s beruht auf seinem Eigentum am Tier, und eben desshalb war in der Formel eine besondere Hervorhebung, dass Beklagter Eigentümer des Tiers sein müsse, überflüssig: obligirt ist er ja nur, wenn er Eigentümer ist. § 13 stellt fest, dass Tod des Tiers vor der Litiscontestation die actio zum Erlöschen

1) So beruft sich noch neuerdings C. Sell, aus dem Noxalrecht der Römer (1879) S. 158, gegen die Annahme, dass der noxae datio in der intentio Erwähnung geschehen sei, mit grösster Unbefangenheit auf das Edict de effusis.

2) *Flor.* noxam, cf. aber fr. 1 pr. § 1 h. t.: noxia autem est ipsum delictum.

bringe: dies gehört in den gleichen Zusammenhang. § 14 bestimmt den Begriff noxae dedere. § 15 handelt von einem Fall, wo ausnahmsweise, trotz des nach dem Gesetz alternativen oportere, dennoch iure praetorio (wegen lügenhafter responsio in iure) die Haftung in solidum geht. § 16 bespricht die Folgen des Tods des Tiers post litem contestatam. Es leuchtet ein, wie leicht und natürlich all dies sich unter unsere intentio einordnet. Nach alledem kann ich mich des Gedankens nicht erwehren, dass den Compilatoren mit der Aufnahme jenes Formelcitats ein Versehen begegnet ist, indem sie das, was bei Ulpian Ueberschrift eines Commentarabschnitts war, irrig in den Context einer speciellen Erörterung zogen[1]. —

Der Gegenstand der noxae deditio scheint in der Formel nicht näher bezeichnet gewesen zu sein.

§ 76. *DE PASTU PECORIS.*

Ulp. 18[2].

Paul. sent. I 15 § 1:

> Si quadrupes . . . . quid . . depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat.

Fr. 14 § 3 de P. V. (19. 5):

> . . . . . neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, ... agi posse.

Cf. fr. 39 § 1 ad l. Aqu. (9. 2) v. „habet proprias actiones".

Hieher gehört sehr wahrscheinlich Ulp. 18 fr. 31 de V. S.:

> Pratum est, in quo ad fructum percipiendum falce dumtaxat opus est . . . . .

Hienach war die Condemnationsbedingung vermutlich die, dass dem Beklagten gehöriges Vieh auf der Wiese des Klägers geweidet habe. Im Uebrigen glich die Formel ohne Zweifel der eben betrachteten.

§ 77. AD LEGEM AQUILIAM[3].

Ulp. 18[4], Paul. 22[5], Gai. 7[6], Julian. 86[7].

Die unter der Rubrik ad legem Aquiliam proponirten Klagen zerfielen in zwei Kategorien: die ex capite primo und die ex capite tertio. Denn die

1) Noch Eines. Fr. 1 § 12 fängt die neue Erörterung mit einem ganz unmotivirten und kaum erträglichen et an. Sollten die Compilatoren in ihrer Vorlage ōet gefunden und diese für oportet nicht gewöhnliche Abkürzung — gewöhnlich steht ō schlechtweg oder ōtet — fälschlich „oportere et" aufgelöst haben?

2) Fr. 31 de V. S. (50. 16).

3) D. (9. 2), C. (3. 35), J. (4. 3).

4) Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 25, 27, 29, 35 h. t., fr. 12 de iurisd. (2. 1) cf. fr. 29 § 7 h. t., fr. 25 de iniur. (47. 10), fr. 2 de sepulchro (47. 12), fr. 10 ad l. Corn. de sic. (48. 8); fr. 2, 6, 14 de noxal. act. (9. 4); coll. leg. Mos. II 4, VII 3, XII 7.

5) Fr. 6, 10, 14, 22, 24, 26, 30 h. t.; fr. 10, 17, 19 de noxal. act. (9. 4), fr. 131 de R. J. (50. 17), fr. 8 de interrog. (11. 1); fr. 22 comm. (13. 6), fr. 45 loc. (19. 2), fr. 41 de O. et A. (44. 7), fr. 11 arb. furt. caes. (47. 7), fr. 1 ui bon. rapt. (47. 8).

6) Fr. 2, 4, 8, 32 h. t., fr. 132 de R. J. (50. 17), fr. 20 de noxal. act. (9. 4).

7) Fr. 47, 51 h. t., cit. fr. 2 § 1 de nox. act. (9. 4), fr. 13 § 4 locati (19. 2). Julian behandelt die lex Aquilia unter den leges. Vgl. S. 6.

Klage aus dem zweiten Kapitel, das nach des Ulpian Zeugniss — fr. 27 § 4 h. t. — in desuetudinem abiit, nach dem des Gaius (III. 216) zu dessen Zeit schon für ein Superfluum galt, hat wohl schwerlich einen Platz im Hadrianischen Edict gefunden.

I. Der Formeln ex primo capite waren es, wie sich aus Ulpians Commentar ergiebt, vier. Nachem nämlich Ulpian den Wortlaut des ersten Kapitels ausführlich erörtert hat[1]), folgt nach einigen Zusätzen allgemeiner Natur (Vererblichkeit, Verhältniss zur lex Cornelia)[2]) in fr. 23 § 10 h. t. die Bemerkung:

> Haec actio aduersus confitentem competit in simplum, adversus negantem in duplum[3]).

Offenbar geht hier der Commentar zu den Formeln über. Speciell von der confessoria ist dann die Rede in fr. 23 § 11, fr. 25 h. t. Sie war zweifellos die erste unter den proponirten Klagen, und auf diese Weise erklärt sich, dass wir in der collatio II. 4 und XII. 7 Stellen aus Ulpians Commentar, die sich auf das dritte Kapitel der lex Aquilia beziehen, unter der Inscription „Ulpianus lib. XVIII ad edictum sub titulo: si fatebitur iniuria occisum esse, in simplum[4]) . . . . . .“ finden. Nunmehr sollte man eine Anmerkung auch über die actio adversus infitiantem erwarten: sie fehlt, gewiss durch die Compilatoren gestrichen. Statt dessen finden wir in fr. 27 pr. — § 3, d. h. noch ehe Ulpian auf den weitern Inhalt der lex eingeht, zwei weitere Klagen in Kürze besprochen: die actio in solidum adversus dominum, si servus sciente domino occiderit, und die actio noxalis, si seruus insciente domino occiderit. Kein Zweifel, dass auch Ulp. 18 fr. 2 de noxal. act. (9. 4) ursprünglich an diesem Orte stand — die Stelle handelt durchaus von jenen beiden Klagen —, und wahrscheinlich gehören auch Ulp. 18 fr. 6, 14 eod. hieher[5]): doch geben diese Stellen den besondern Fall „si seruus occiderit“ nicht an, und so könnten sie auch zum dritten Kapitel zu ziehen sein.

Was nun die Fassung unserer vier Formeln angeht, so fehlt uns leider jede speciellere Andeutung darüber, und die bisherigen Reconstructionsversuche können, wie Pernice[6]) mit Recht bemerkt, nur abschrecken. Ganz unmöglich sind C. Sell's und Savigny's Reconstructionen[7]). Huschke concipirte zuerst[8]) auf „quantam pecuniam dare oportet“, später[9]) auf „s. p. N^m N^m sestertium decem milia nummum quantiue minoris id in eo anno plurimi fuit,

1) Iniuria: fr. 3, 5, 7 pr. h. t., coll. VII 3. Occisum: fr. 7 § 1 — ult., fr. 9, 11 pr. — § 5 h. t. Ero: fr. 11 § 6 — ult., fr. 13, 15, 17, 19, (35) h. t. Quanti etc.: fr. 21, 23 pr. — § 7 h. t.

2) Fr. 23 § 8, 9 h. t.

3) Vgl. Gai. 7 fr. 2 § 1 h. t., Paul. sent. I 19 § 1.

4) Die Handschriften der coll. fügen hinter in simplum noch hinzu: et cum (*al.* eum) diceret (*al.* dicere, doceret, docere). Diese rätselhaften Worte dürfen nicht mit Huschke (Zschr. f. gesch. R. W. XIII S. 32) in „ut condiceret“ verwandelt werden. Vgl. A. Pernice, z. Lehre v. d. Sachbeschädigungen (1867) S. 104 fg.

5) Vgl. ferner Paul. 22 fr. 10, 17 eod., fr. 131 de R. J. (50. 17), Gai. 7 fr. 20 de nox. act. (9. 4), auch Paul. 10 ad Sab. fr. 45 pr. h. t., Ulp. 42 ad Sab. fr. 44 § 1 h. t.

6) a. a. O. S. 109.

7) Sell in seinen Jahrbb. II S. 198. Savigny, System V S. 571. Vgl. gegen beide: Rudorff, Zschr. f. gesch. R. W. XIV S. 379 fgg. Savigny ähnlich: Bethmann-Hollweg, C. Pr. II S. 301 fgg., s. auch Hefke, Taxatio (1879) S. 93.

8) Zschr. f. gesch. R. W. XIII S. 32.

9) Gaius, S. 113. Vgl. dagegen die treffende Bemerkung Karlowa's, C. Pr. S. 199 n. 1.

tantam pecuniam A° A° dare oportere". Rudorff hat seine Meinung ebenfalls geändert: in der Zschr. f. gesch. R. W. XIV S. 381 fgg. stimmt er Huschke's erstem Vorschlag zu; in der R. G. II § 108 n. 8 u. 9 und im E. P. § 69 concipirt er in factum. Voigt[1]) nimmt eine condictio incerti auf quidquid paret dare facere oportere an, was doch, da in der lex Aquilia nur von „aes dare", nicht von facere die Rede ist, augenscheinlich nicht angeht. Wieder anders Karlowa[2]), der für die actio adversus infitiantem vorschlägt: Quod Ns Ns . . . . occidit, si paret Nm Nm ob eam rem, quanti is seruus . . . . fuit, tantum aes dare A° A° lege (Aquilia) damnatum esse, tantam pecuniam et alteram tantam et rel. Auch diese Fassung ist aber m. E. insofern nicht glücklich, als hinter einem „quod Ns Ns iniuria occidit" nicht ein „si paret ob eam rem . . . . damnatum esse" stehen kann: das ob eam rem damnatum esse steht für den Fall des Beweises der demonstratio fest[3]), kann also nicht erst noch von einem si paret abhängig gemacht werden.

Fragt man nun, was sich über die Fassung der Formeln mit Sicherheit feststellen lässt, so ist dies, was Rudorffs neuere Vorschläge verkennen: sämmtliche Formeln[4]) waren zweifellos in ius concipirt. Denn nur unter dieser Voraussetzung ist es verständlich, dass es, um die actio legis Aquiliae für und gegen Peregrinen verwendbar zu machen, einer fictio ciuitatis bedurfte, was uns Gai. IV 37 i. f. ausdrücklich berichtet. Alles weitere ist zweifelhaft, wahrscheinlich aber, sowohl aus praktischen Gründen wie auch wegen der historischen Anknüpfung an die dem Gesetz sich genau anschliessende legis actio, dass der Prätor die eigentümliche Aestimationsvorschrift des Gesetzes in der Instruction an den Judex zum Ausdruck brachte und nicht bloss, wie Voigt tut, stillschweigend darauf verwies. Hienach könnte ich mir z. B. die Formel adversus infitiantem etwa so denken:

S. p. Nm Nm illum seruum iniuria occidisse[5]), *quam ob rem, quanti is seruus in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam Nm Nm A° A° dare oportet*[6]), *tantae pecuniae duplum, iudex, Nm Nm A° A° c. s. n. p. a.*

Die confessoria könnte etwa die demonstratio gehabt haben:

Quod ille seruus occisus est[7]), *quem Ns Ns iniuria se occidisse fassus est,*

oder vielleicht auch nur, da ja das fateri hier der Erteilung der actio unmittelbar vorherging, in iudicio also nicht mehr bewiesen zu werden brauchte:

Quod ille seruus iniuria occisus est . . .,

1) Jus natur. IV S. 405.

2) C. Pr. S. 199.

3) Beim quidquid paret oportere hat der Judex erst noch den Inhalt des Anspruchs zu ermitteln, hier nicht.

4) Auch die confessoria. Kein Gegenbeweis liegt in Ulp. 18 fr. 25 § 2 h. t. Im Gegenteil: das notandum am Anfang und die besondere Begründung am Schlusse der Stelle sprechen eher dafür als dagegen, dass die confessorische Formel einen Bestandteil enthielt, der geeignet war, den Judex irre zu führen, d. h. in die Meinung zu versetzen, er sei iudex non solum aestimandae, sed etiam iudicandae rei. Auch der fr. 23 § 11 h. t. vorgetragene Rechtssatz ist mit der Concipirung in factum schwer vereinbar.

5) Huschke hat bei seinem ersten Vorschlag die demonstratio: quod Ns Ns . . . . iniuria se occidisse infitiatus est. Das ist sicher unrichtig: nicht an das infitiari hat das Gesetz sein dare damnas esto angeknüpft sondern an das occidisse; das infitiari ist Bedingung nicht des dari, sondern des in duplum condemnari oportere.

6) Das alte damnas esto setzt sich in der classischen Formelsprache in dare oportet um. Beweis: die Klage aus dem legatum per damnationem. Gai. II 204.

7) Vgl. Ulp. 18 fr. 23 § 11, fr. 25 pr. h. t.

woran sich eine unpersönlich gefasste intentio „quam ob rem . . . . dari oportet“ angeschlossen haben könnte.

Die Klage si seruus sciente domino occiderit musste natürlich diesen Tatbestand statt des „s. p. N^m N^m . . . . occidisse“ zum Ausdruck bringen.

Die Noxalklage hinwiederum wäre auf „*s. p. Stichum seruum* (insciente domino?)[1]) *illum seruum iniuria occidisse*“ zu stellen und in der intentio[2]) und condemnatio das „aut noxae dedere“ beizufügen.

All dies nur als mögliche, wenn gleich unbeglaubigte Hypothesen[3]). Wie dieselben mit der Notiz in fr. 9 § 1 de R. C. (12. 1) zu vereinigen sind, wornach bekanntlich ex lege Aquilia certi condictio competit, muss bei der so überaus bestrittenen Bedeutung dieses Fragments dahingestellt bleiben. Am besten m. E. durch die Annahme, dass ex lege Aquilia auch die certi condictio erhoben werden konnte, wenn Kläger die Gefahr des certum petere auf sich nehmen wollte[4]). Dass an eine eigentliche certi condictio als regelmässige Klage ex lege Aquilia nicht gedacht werden kann, steht mir fest[5]).

Die actiones utiles, die sich an dieses erste Kapitel anschliessen, sind doppelter Art. Actio utilis wird nämlich einmal dann gewährt, wenn dem Beklagten nicht ein occidere nach römischer Auffassung[6]), wohl aber ein causam mortis praestare vorzuwerfen war[7]); diese Gattung von actiones utiles kann selbstverständlich nur in factum concipirt gewesen sein.

Die zweite Kategorie von actiones utiles geht hervor aus der Ausdehnung der activen und passiven Sachlegitimation; für diese sind zum Teil ficticische Formeln, gleich der für und gegen den peregrinus bezeugten, denkbar, wie z. B. für die Klage des bonae fidei possessor des getödteten Sklaven[8]) und die desjenigen, der an demselben ein Pfandrecht hatte[9]), vielleicht auch für die des Usufructuars[10]), wo mir aber conceptio in factum wahrscheinlicher ist, weil man hier an der durch die Fiction gegebenen Höhe des Schadenersatzes Anstoss genommen haben wird. Die actio confessoria utilis endlich wider den geständigen Procurator, Tutor, Curator u. s. w. — fr. 25 § 1 h. t. — wird wohl nur die gewöhnliche Personenumstellung enthalten haben[11]). Zu warnen ist m. E. im ganzen Gebiet der actiones utiles vor dem Gedanken, als könnten aus der Art und Weise, wie die Quellen dieselben bezeichnen — ob als actio utilis oder als actio in factum —, Schlüsse auf die Conception der Formel

1) Diese Worte scheinen mir überflüssig; auch spricht die Erörterung in fr. 2 § 1 de noxal act. (9. 4) sehr entschieden gegen ihre Formelmässigkeit.

2) Vgl. § 75.

3) Namentlich kann m. E. die Frage, ob nicht bei dieser, wie überhaupt bei allen actiones quae infitiando in duplum crescunt, die Formel eine fictio legis actionis per manus iniectionem enthielt, trotz der Schwierigkeiten, die bei solcher Annahme der Aestimationspunkt mit sich führt, nicht mit Sicherheit verneint werden. Entschieden für Bejahung: Baron, die Condictionen, S. 215 fg.

4) Keller, C. P. bei n. 1107. Andere Vermutungen bei: Savigny, System V S. 586, Rudorff, Zschr. f. gesch. R. W. XIV S. 383 fgg., Voigt, ius nat. IV S. 404, m. E. sämmtlich nicht haltbar.

5) Vgl. gegen Huschke: Karlowa, C. Pr. S. 199 n. 1. Entscheidend gegen die im Text bestrittene Annahme ist vor Allem die Litiscrescenz, die der certi condictio fremd war.

6) Pernice, a. a. O. S. 148 fg.

7) Vgl. z. B. fr. 7 § 3. 6, fr. 9 pr. § 2. 3, fr. 11 § 1. 5 h. t.

8) Fr. 11 § 8, fr. 17 h. t.

9) Fr. 17, 30 § 1 h. t. (mit Taxation usque ad modum debiti).

10) Fr. 11 § 10, fr. 12 h. t.

11) Pernice, a. a. O. S. 159, nimmt ficticische Formel an.

gezogen werden. Es kann vielmehr keinem Zweifel unterliegen, dass die Juristen beide genannten Ausdrücke promiscue gebrauchen. Actio in factum ist nicht etwa actio in factum concepta, sondern einfach die mit Rücksicht auf den concreten Tatbestand gebildete im Gegensatz zu der formula uulgaris des Edicts, mag im Uebrigen die Fassung sein wie sie will, und actio utilis ist die ad exemplum legis Aquiliae erteilte, einerlei ob in factum oder ficticisch oder mit Personenumstellung concipirt[1]. Ueber den anscheinend widersprechenden § 16 I. h. t. s. unten.

II. Die Anzahl der Klagen ex capite tertio war ohne Zweifel dieselbe wie die derjenigen ex capite primo, obwohl Ulpians Commentar, dessen erhaltene Fragmente sich nur mit der Interpretation des Gesetzes beschäftigen[2], uns hier im Stiche lässt. Das infitiando in duplum crescere ist von der actio legis Aquiliae überhaupt bezeugt[3]. Von den Delicten der Sklaven aber in Beziehung auf das dritte Kapitel handelt Paul. 22 fr. 19 de noxal. act. (9. 4), und zwar in Anlehnung an Worte des Gesetzes oder der Formel[4]. Hinsichtlich der Conception der Formeln beschränke ich mich hier darauf, auf das zum ersten Kapitel Ausgeführte zu verweisen. Auch die Frage nach der Fassung der actiones utiles dürfte nach den gleichen Gesichtspunkten wie dort zu beantworten sein. Hienach würde z. B. in den Fällen des fr. 13 pr., 27 § 9. 10. 14. 21. 35, fr. 29 § 5. 7. fr. 49 pr. h. t., fr. 1 § 7 si quadrupes (9. 1), coll. XII. 7, 6 conceptio in factum anzunehmen sein, während im Fall des fr. 27 § 32 h. t. ficticische Fassung möglich, wiewohl nicht geboten ist. Auch hier muss betont werden, dass aus den Bezeichnungen „actio utilis" und „actio in factum" durchaus keine Schlüsse auf die eine oder andere Conceptionsweise gezogen werden dürfen. Allerdings scheint der bereits erwähnte § 16 I. h. t., und zwar sowohl für die zum ersten wie für die zum dritten Kapitel gehörigen Fälle analoger Ausdehnung des Gesetzes, geradezu das Gegenteil zu sagen. Nach dieser Stelle soll es darauf ankommen, ob von der durch die Jurisprudenz für die directa aufgestellten Klagvoraussetzung „damnum corpore corpori datum" im concreten Falle nur das corpore oder auch das corpori nicht zutrifft: ersternfalls trete actio utilis, letzternfalls actio in factum ein. Allein diese Unterscheidung entspricht, wie ein Blick auf die in n. 1 angeführten Beispiele lehrt, durchaus nicht dem sonstigen Sprachgebrauch der Quellen: wie wenig dieser die beiden Bezeichnungen auseinanderhält, zeigt sich auch darin, dass nach Gai. III 219 in allen Fällen analoger Ausdehnung des Gesetzes utilis actio, nach Pompon. fr. 11 de P. V. (19. 5)

1 Man vgl. z. B. fr. 2 § 20 vi bon. rapt. 47. 8 mit fr. 9 § 2 h. t., fr. 51 de furtis 47. 2 mit fr. 53 h. t., fr. 30 § 1 h. t. mit fr. 11 § 8, fr. 17 h. t. Pernice, a. a. O. S. 157 fgg. geht von der m. E. nicht haltbaren Annahme aus, dass actio ficticia und actio in factum Gegensätze seien.

2 Citat und Uebersicht: fr. 27 § 5. 6. Usserit: fr. 27 § 7—12; coll. XII 7. Ruperit: fr. 27 § 13—24; coll. II 4. Damnum faxit: fr. 27 § 25—28. Iniuria: fr. 27 § 29—33, fr. 29 pr. — § 7. Quanti etc.: fr. 29 § 8 h. t. Die Abschnitte sind übrigens hier nicht durchweg ganz sicher festzustellen.

3 Paul. sent. I 19 § 1. Gai. III 216. vgl. c. 4 de l. Aquilia 3. 35.

4 Fr. 19 § 1 cit.: Si servus, in quo usufructus alienus est, dominus proprietatis operas conduxerit, uerba efficiunt, ut cum noxae deditione damnetur. Unter den uerba sind die Worte zu verstehen, die den dominus als solchen haftbar machen: er kann sich nicht darauf berufen, dass er blosser detentor nomine alieno sei.

und Paul. fr. 33 § 1 h. t. umgekehrt überall in factum actio eintreten soll. Die Institutionenstelle dürfte sich folgender Massen erklären. Wo damnum corpori datum vorliegt, konnte bei Concipirung in factum doch immer noch an die gesetzlichen Fälle des dritten Kapitels angeknüpft werden[1]). Wo dagegen Jemand einen Andern durch blosses Abhandenbringen einer Sache geschädigt hatte, wurde jede solche Anknüpfung unmöglich und trat daher, ausser in der condemnatio, die Anlehnung an die lex Aquilia in der Formel nirgends hervor. Auf diesen Gradunterschied zwischen den zum dritten Kapitel gehörigen actiones utiles mag irgend ein classischer Jurist aufmerksam gemacht haben, und daraus fabricirten die Institutionenverfasser dann den Zusatz zu Gai. III 219, der den anstössigen Schluss des § 16 I. cit. bildet[2]). Dass in classischer Zeit ein diesem Fabrikat entsprechender Sprachgebrauch auch nur einiger Massen verbreitet gewesen, ist m. E. den Quellenzeugnissen gegenüber einfach nicht denkbar.

§ 78. *IN FACTUM ADUERSUS NAUTAS CAUPONES STABULARIOS.*

Ulp. 18[3]), Paul. 22[4]).

Unter den an die Aquilia sich anknüpfenden actiones in factum war allein die in obiger Rubrik angedeutete im Album proponirt, vermutlich desshalb, weil hier über die blosse analoge Ausdehnung des Gesetzes hinausgegangen war und in der Haftung des nauta u. s. w. für das Delict seiner Leute ein neues Rechtsprincip zum Durchbruch kam. Ein Edict ist zu dieser actio nicht überliefert und hat der Stellung der Formel in dem Paulinischen Commentare nach[5]) sehr wahrscheinlich auch nicht existirt[6]). Die wesentlichen Bestandteile der Formel sind aus den Quellen erkennbar; ich stelle dieselben in Form einer Reconstruction zusammen[7]):

> *S. p. in naue (caupona, stabulo), quam (quod) N^s N^s tum exercebat*[8]), *N^m N^m eumue*[9]), *quem N^s N^s eius nauis nauigandae*[10]) (*eius cauponae exercendae*[11]), *eius stabuli exercendi*) *causa ibi tum habuit*[12]) (*qui habitandi causa ibi tum fuit*[13]), *A^o A^o damnum iniuria dedisse, q. d. r. a.,*

1) Z. B. s. p. iniuria N^i N^i factum esse, ut ureretur.

2) Vgl. auch das schol. 3 in Bas. LX 3, 63 (Heimb. V p. 325), wo die actio utilis für eine Unterart des weiteren Begriffs actio in factum erklärt wird, der auch noch andere Fälle umfasse. Von Autorität ist selbstverständlich dieses Scholion nicht.

3) Fr. 7 nautae (4. 9).

4) Fr. 6 eod., fr. 19 § 2 de nox. act. (9. 4).

5) Vgl. oben S. 8.

6) Dass bei der actio furti aduersus nautas caupones stabularios (s. unten § 136) ein Edict sich findet, ist kein Gegenbeweis für die im Text aufgestellte Behauptung. Wer sagt, dass beide actiones in factum zu gleicher Zeit eingeführt wurden?

7) Ganz ähnlich Rudorff, E. P. § 70; abweichend und sicher unrichtig Keller, Jahrbb. d. gem. Rts. III S. 189 n. 35.

8) Ulp. 18 fr. 7 pr. § 5. 6 nautae (4. 9) cf. fr. un. pr. § 3 furti adu. naut. (47. 5).

9) Arg. fr. un. pr. furti adu. naut. (47. 5). Vgl. unten § 136. Der Täter braucht nicht namhaft gemacht zu werden, arg. fr. 6 § 4 nautae (4. 9) v. „ut certi hominis factum arguamus".

10) Arg. fr. un. § 1 furti adu. naut. (47. 5), fr. 1 § 2 de exerc. act. (14. 1).

11) Arg. fr. un. § 6 eod.

12) Arg. fr. un. pr. furti adu. naut. (47. 5).

13) Paul. 22 fr. 6 § 3 nautae (4. 9) cf. fr. un. § 6 furti adu. naut. (47. 5).

quanti ea res in eo anno plurimi (in diebus triginta proximis) fuit[1], *tantae pecuniae duplum*[2]), *iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

Actio utilis, si seruus nautae damnum dederit: Ulp. 18 fr. 7 § 3 nautae (4. 9).

Actio de peculio aduersus dominum exercitoris: fr. 19 § 2 de noxal. act. (9. 4), fr. 42 pr. de furtis (47. 2).

Ad exemplum exercitoriae: Ulp. 18 fr. 7 § 6 nautae (4. 9).

Rudorff nimmt die reconstruirten Formeln der beiden letztern Actionen in das Album auf, anscheinend dadurch bewogen, dass in fr. 42 pr. cit. de furtis von einer „formula uolgaris" die Rede ist: damit ist aber, wie der Zusammenhang ergibt, lediglich die gewöhnliche Formel unserer actio in factum gemeint, der in dem gedachten Falle die in fr. 42 pr. namhaft gemachten Zusätze zu geben sind.

§ 79—81. FINIUM REGUNDORUM. FAMILIAE ERCISCUNDAE. COMMUNI DIUIDUNDO.

Ulp. 19, Paul. 23, Gai. 7, Julian. 8.

Unter den iudicia diuisoria steht in den Digesten finium regundorum voran, im Codex Theod. und Justin. dagegen dieses am Schluss und an erster Stelle familiae erciscundae. Dass die Ordnung der Digesten die der Edictcommentare und somit ohne Zweifel die des Edicts war[3]), scheint mir hervorzugehen aus Paul. 23 fr. 56 fam. erc. (10. 2):

> Non solum in finium regundorum, sed et familiae erciscundae iudicio praeteriti quoque temporis fructus ueniunt.

Gleichwohl werde ich im Folgenden zunächst die Formel für die actio familiae erciscundae und die communi diuidundo erörtern, weil für diese beiden ein weit reichhaltigeres Reconstructionsmaterial in den Quellen vorhanden ist als für die finium regundorum, hinsichtlich deren wir im Wesentlichen auf Analogieschlüsse angewiesen sind.

1. (§ 80). FAMILIAE ERCISCUNDAE[4]).

Ulp. 19[5]), Paul. 23[6]), Gai. 7[7]), Julian. 8[8]).

Die Schwierigkeit der Reconstruction liegt bei allen iudicia diuisoria in der demonstratio. Die der actio familiae erciscundae lautet bei Rudorff, E. P. § 71:

> Quod hereditas illius illi cum illo communis est, quam ob rem familiae erciscundae arbitrum sibi dari postulauerunt . . . .

1) Paul. 22 fr. 6 § 2 nautae (4. 9): Sed si damnum in eo datum sit ab alio, qui in eadem naue uel caupona est, cuius factum praetor aestimare solet — Gegensatz der prätorischen Taxation der actio de recepto gegen die Aquilische Aestimation —, non putat Pomponius eius nomine hanc actionem utilem futuram.

2) Ulp. 18 fr. 7 § 1 nautae (4. 9).

3) A. M. Rudorff, E. P. § 71 n. 1.

4) D. (10. 2), C. (3. 36).

5) Fr. 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24 h. t., fr. 43 ad l. Falc. (35. 2), fr. 30 de manum. test. (40. 4) cf. fr. 22 § 5 h. t., fr. 44 de A. R. D. (41. 1) cf. fr. 8 § 2 h. t.

6) Fr. 9, 11, 15, 21, 23, 25, 27, 29, 56 h. t.

7) Fr. 1, 3, 5, 17, 19, 26, 28 h. t.

8) Fr. 7 si pars her. (5. 4), fr. 51 h. t.

Allein weder ist die Verbindung „quod hereditas . . . communis est, quam ob rem . . ." glücklich, noch entspricht die demonstratio im Uebrigen dem, was sich aus den Quellen ermitteln lässt. Nur dies halte ich ebenfalls für wahrscheinlich, dass der iudicis postulatio[1]) in der demonstratio Erwähnung geschah, möchte aber nach l. Rubria c. 23

qui de familia erciscunda iudicium sibi dari reddiue postulauerint

vermuten, dass diese Erwähnung selber die demonstratio bildete[2]):

Quod . . . . . de familia erciscunda iudicem sibi dari postulauerunt.

Dahin nämlich führen uns auch die Commentare, indem es nur durch diese Annahme möglich wird, die aus denselben ersichtlichen Formelstücke zu einem Ganzen zu vereinigen, und ebenso auch die Natur der Sache, da ja wirklich lediglich die iudicis postulatio das juristische Fundament des adiudicari oportere, dieses letztere aber den eigentlichen Grundstock der intentio bildet, an den sich das „quidquid alterum alteri praestare oportet ex fide bona" erst in verhältnissmässig später Zeit ankrystallisirt haben dürfte. Wenn ich nun hievon ausgehe und im Uebrigen, wie aus den Noten ersichtlich, genau den Gang des Ulpianischen Commentars verfolge, gelange ich zu folgender demonstratio, die ich in allem Wesentlichen für gesichert halte:

Quod Lucii Titii heredes[3]) *de familia erciscunda*[4]) *deque eo, quod in ea hereditate ab eorum quo, postea quam heres factus sit, gestum admissumue sit*[5]), *iudicem sibi dari postulauerunt* . . . .

An diese demonstratio schloss sich, wie wir aus den Commentaren ersehen, zunächst die Adjudicationsclausel an, die nach Gai. IV 42 lautete:

QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX Titio ADIUDICATO.

Ob das Titio ein Rest der in der Musterformel genannten Namen oder ob es durch ein Abschreiberversehen aus tantum[6]) oder cui oportet[7]) entstanden ist, und wie man sonst das von Gaius nicht ganz vollständig angeführte Formelstück — irgend eine Bezeichnung der Adjudicatare musste darin enthalten

1) Cic. pro Caec. c. 7 § 19, l. Rubria c. 23. In ersterer Stelle heisst es: arbitrum fam. erc. postulauit; in letzterer: qui de fam. erc... iudicium sibi dari reddiue postulauerint. In der Legisactionenformel nach Probus 4, 8: iudicem arbitrumue. In der Formel des Edicts dürfte es iudicem geheissen haben, trotzdem der arbiter in den Commentaren traditionell fortläuft.

2) Was Cicero (de orat. I 56 § 237) und der Epitomator des Festus vom erctum cieri und erctum citum melden — vgl. noch Gell. N. A. I 9 i. f., Seruius ad Aeneid. VIII, 642, Nonius s. v. citum —, ist ohne Zweifel auf die legis actio zu beziehen und bleibt daher für uns ausser Betracht.

3) Ulp. 19 fr. 2 pr. — § 4 h. t., Paul. 23 fr. 25 pr. h. t., Gai. 7 fr. 1 h. t. Eventuell: Quod C. Seius inter se et ceteros L. Titii heredes . . . . postulauit.

4) Hier erörtern die Commentare den Umfang der „zu teilenden Erbschaft". Ulp. 19 fr. 2 § 5, fr. 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16 pr. — § 3 h. t., Paul. 23 fr. 25 § 1—14 h. t., Gai. 7 fr. 3, 5 h. t.

5) Fr. 49 h. t.: nam ut familiae erciscundae agere quis possit, ... oportet . . . . ex ea causa agere uel conueniri, quam gessit quodque admisit, posteaquam heres effectus sit. Da in der Stelle wegen Mangels des gedachten Erfordernisses das directum iudicium verweigert und utilis actio erteilt wird, so tut sie die Notwendigkeit der Annahme eines entsprechenden Formelstücks dar. Das Formelstück ist aber auch ausführlich commentirt bei Ulp. 19 fr. 16 § 4 (im § 4 sind die Worte in usum fructum zu betonen) — ult., fr. 18, 20 pr. h. t., Paul. 23 fr. 25 § 15—19 h. t., Gai. 7 fr. 17, 19 h. t. Wie man sieht, nimmt es in den Commentaren genau die Stelle ein, die ich ihm im Obigen gebe.

6) t̄t: cf. Apograph. Studem. p. 308.

7) cuiō: Huschke in der iurispr. anteiust.

sein — ergänzen will, ist wohl nicht von grosser Erheblichkeit[1]). Commentirt ist das „quantum . . . . adiudicari oportet" bei Ulp. 19 fr. 20 § 1 — ult., fr. 22 pr. h. t. — der Jurist handelt hier namentlich auch vom Präceptionslegat[2]) —, das „adiudicato" bei Ulp. 19 fr. 22 § 1—3 h. t., Paul. 23 fr. 25 § 20. 21 h. t.

Den Schluss der Formel bildet:

> *quidquid ob eam rem alterum alteri*[3]) *praestare*[4]) *oportet ex fide bona*[5]), *eius, iudex, alterum alteri c. s. n. p. a.*

Commentirt bei Ulp. 19 fr. 22 § 4. 5, fr. 24 pr. h. t., Paul. 23 fr. 25 § 22[6]), fr. 27, 29, 56 h. t.

Die Construction der mehrfach erwähnten actiones utiles[7]) — fr. 2 § 1, 24 § 1, 40, 49 h. t. — ergibt sich meistens leicht: in die demonstratio wurde das von der Norm abweichende rechtliche Verhältniss aufgenommen, und sodann bei dem „quantum adiudicari oportet" und dem „quidquid praestare oportet" ficticisch (si heres esset, si heredes essent) nachgeholfen; nur die utilis actio des fr. 49 h. t. musste in anderer Weise construirt werden.

2. (§ 81). COMMUNI DIUIDUNDO[8]).

Ulp. 19[9]), Paul. 23[10]), Gai. 7[11]), Julian. 8[12]).

Der Schwerpunkt der Aufgabe der Reconstruction liegt auch hier in der demonstratio. Gerade in dieser Richtung sind aber die bisherigen Reconstructionsversuche[13]) reine Phantasiegebilde und daher gänzlich unbrauchbar.

Zunächst wird durchweg angenommen, dass der zu teilende Gegenstand in der Formel bezeichnet gewesen sei. Es ist aber das Gegenteil sicher, wie aus folgenden beiden Stellen hervorgeht. Ulp. 19 fr. 4 § 2 h. t.:

> Hoc iudicium bonae fidei est: quare si una res indiuisa relicta sit, ualebit utique et ceterarum diuisio et poterit iterum communi diuidundo agi de ea quae indiuisa mansit.

Ulp. 75 fr. 13 h. t.:

1) Gegen Kellers (C. Pr. n. 458) und Rudorffs „quantum paret alteri ab altero adiudicari oportere" vgl. übrigens Bekker, Aktionen I S. 231 n. 9.

2) Gai. II 219 sq., vgl. auch Gai. 7 fr. 26, 28 h. t.

3) Fr. 52 § 2 h. t.

4) Dies Wort kehrt ständig wieder, z. B. fr. 22 § 4. 5, fr. 24 pr., fr. 25 § 16. 22, fr. 33, 39 i. f., 44 § 2. 3. 8, fr. 52 § 1 h. t.

5) § 28 J. de act. (4. 6), c. 9 h. t. A. M. Dernburg, Compensation, 2. Aufl., S. 91.

6) Dieser § könnte übrigens auch noch als Bemerkung zur Adjudicationsclausel aufgefasst werden. Im Uebrigen sind die Abschnitte in den Commentaren deutlich erkennbar.

7) Nicht hieher gehört das von Rudorff (E. P. § 71 n. 2) angezogene fr. 1 § 9 de dote prael. (33. 4): hier handelt es sich nicht um eine utilis fam. erc. actio.

8) D. (10. 3), C. (3. 37).

9) Fr. 4, 6 h. t.

10) Fr. 1, 8, 10.

11) Fr. 2, 11 h. t., fr. 13 de iudic. (5. 1) = fr. 2 § 1 h. t., fr. 45 de A. R. D. (41. 1).

12) Fr. 24 h. t., cit. fr. 37 de R. V. (6. 1) cf. fr. 14 § 1 h. t.

13) Ausser Rudorff, E. P. § 72, vgl. noch Puchta, Cursus § 167 n. i, Keller, C. P. n. 458, Heffter, ad Gai. p. 59. Rudorffs Reconstruction findet im Wesentlichen völlig befriedigend: Eck, doppelseitige Klagen S. 89 fg., die Kellers: O. Geib, die rtl. Natur der actio comm. diuid. (diss. 1882) S. 73 fg.

> In iudicium communi diuidundo omnes res ueniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne ueniat[1]).

Hienach kann der Judex durch die Formel nur einfach aufgefordert gewesen sein, das „commune“ zu teilen.

Ferner enthielt, was bisher allgemein übersehen worden, die demonstratio, ganz wie die der actio familiae erciscundae, einen auf die praestationes gemünzten Zusatz, der uns sehr wahrscheinlich in den formalistischen Wendungen des fr. 3 pr. h. t. (Ulp. 30 ad Sabin.) wortgetreu überliefert ist:

> In communi diuidundo iudicio nihil peruenit ultra diuisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumue est siue quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum peruenit ex re communi.

Die Existenz dieses Zusatzes ergibt sich nicht nur aus der genauen Erörterung in den Commentaren (vgl. unten n. 5), sondern namentlich auch daraus, dass wo der Zusatz seinem Wortlaut nach nicht zutrifft, utilis actio notwendig war. Ulp. 19 fr. 6 pr. h. t.:

> Si quis putans sibi cum Titio fundum commune esse fructus perceperit uel sumptum fecerit, cum esset cum alio communis, agi poterit utili communi diuidundo iudicio.

Der Grund, warum hier die directa actio versagt wird, liegt augenscheinlich darin, dass die Fruchtperception, bezw. der Aufwand, nicht, wie es der Zusatz in der demonstratio fordert, „communi nomine“ geschehen ist, ein Erforderniss des iudicium directum, das auch in fr. 6 § 2 und fr. 14 pr. h. t. energisch hervorgehoben wird.

Hienach würde ich etwa folgende Formel für möglich halten:

> *Quod L. Titius C. Seius*[2]) *de communi [eorum?] diuidundo*[3]) *et si quid in communi damni*[4]) *datum factumue sit siue quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem peruenerit*[5]), *iudicem sibi dari postulauerunt*[6]): *quantum . . . . adiudicari oportet, iudex . . . . . adiudicato*[7]): *quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet ex fide bona*[8]), *eius, iudex, alterum alteri c. s. n. p. a.*

Was die actiones utiles anlangt, so war für eine Klasse derselben im Album eine besondere Formel proponirt: für diejenigen Fälle nämlich, wo die directa actio desswegen nicht zuständig war, weil die Teilung einer andern Gemeinschaft als derjenigen gemeinschaftlichen Eigentums (im weitesten Sinne)

1) Vgl. auch Paul. sent. I 18 § 5.

2) Paul. 23 fr. 8 pr. h. t. Eventuell: quod L. Titius inter se et C. Seium . . . . (postulauit).

3) Ulp. 19 fr. 4 pr. — § 2 h. t., Paul. 23 fr. 8 § 1 h. t., Gai. 7 fr. 2 pr. h. t. Zum Wort commune vgl. noch c. 3 in quibus caus. cess. l. t. praescr. (7. 34).

4) Cf. fr. 26 h. t.

5) Ulp. 19 fr. 4 § 3. 4, fr. 6 pr. — § 7 h. t. (zu eo nomine speciell: fr. 6 pr. — § 2); Paul. 23 fr. 8 § 2—4 (§ 2: si quid damni; § 3. 4: si quid abest eorum cui), fr. 10 pr. h. t.; Gai. 7 fr. 11 h. t. Zu „peruenerit“ vgl. noch Paul. 22 fr. 19 pr. i. f. de noxal. act. (9. 4).

6) Gai. 7 fr. 2 § 1 h. t. Fr. 7 pr. de reb. eor. (27. 9). Vgl. Isidor. orig. V 25 § 10: Communi diuidundo est inter eos quibus communis res est: quae actio iubet postulantibus iis arbitrium (l. arbitrum) dari, cuius arbitratu res diuidatur.

7) Gai. IV 42. Hiezu: Ulp. 19 fr. 6 § 8—10 h. t., Paul. 23 fr. 10 § 1 h. t.

8) Ulp. 19 fr. 6 § 11. 12 h. t., Paul. 23 fr. 10 § 2 h. t. Wegen „praestare“ vgl. fr. 11 h. t., ferner fr. 4 § 3, 6 § 1. 2, 20, 25 h. t. Wegen ex fide bona: fr. 4 § 2, fr. 14 § 1, fr. 24 pr. h. t., c. 3 comm. utr. (3. 38), § 28 J. de act. (4. 6).

verlangt wurde (vgl. § 82). Anderer Art sind die Fälle des fr. 6 pr. (Modification des „eo nomine“), fr. 11, 14 § 1 (Weglassung der Worte de communi diuidundo und der Adjudicationsclausel und Anpassung des übrigen), fr. 6 § 1 h. t. (Combination des fr. 6 pr. und fr. 11).

3. (§ 79). FINIUM REGUNDORUM[1]).

Ulp. 19[2]), Paul. 23[3]), Gai. 7[4]), Julian. 8[5]).

Die Geschichte der actio finium regundorum liegt ausserhalb des Kreises der mir gestellten Aufgabe[6]). Was die Formel anlangt, so bieten adiudicatio, intentio und condemnatio kein Bedenken: diese Formelteile stimmten wohl vollständig mit den oben betrachteten Aktionen überein (doch ist uns nicht bezeugt, dass die actio fin. reg. bonae fidei gewesen); von ihnen handelt Ulp. 19 fr. 2 § 1 h. t., Paul. 23 fr. 4 § 5—7[7]), Gai. 7 fr. 3 h. t. Die Schwierigkeit liegt auch hier wieder in der demonstratio, hinsichtlich deren wir ganz auf Paul. 23 fr. 4 pr. — § 4 h. t., den einzigen erhaltenen Commentar zu derselben, angewiesen sind. Daraus erfahren wir erstens, dass in der Formel nicht von einer controuersia unius loci[8]) die Rede war, arg. fr. 4 pr. h. t.[9]):

> Sed et loci unius controuersia in partes res scindi adiudicationibus potest.

Zweitens, dass die demonstratio sehr wahrscheinlich auch hier einen auf die möglichen Prästationen gemünzten Zusatz enthielt: hierauf wird fr. 4 § 1—3 zu beziehen sein, vgl. § 6 I. de off. iud. (4. 17). Endlich, dass wahrscheinlich auch diese demonstratio auf „*quod L. Titius C. Seius de finibus fundorum regundis . . . . iudicem sibi dari postulauerunt*“ gestellt war: denn wenn es in fr. 4 § 4 — am Schlusse der Erläuterung der demonstratio, vor Beginn der Erläuterung der adiudicatio — heisst:

> Si dicantur termini deiecti uel exarati, iudex, qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest:

so werden diese Worte wohl am einfachsten auf das „quod . . . . iudicem postulauerunt“ der demonstratio bezogen; doch können sie auch dem auf die admissa circa fines bezüglichen Stück derselben gegolten haben[10]).

§ 82. *DE UTILI COMMUNI DIUIDUNDO IUDICIO.*

Ulp. 20[11]), Paul. 24[12]).

Der Umstand, dass Ulpian und wahrscheinlich auch Paulus die utilis

1) D. (10. 1), C. (3. 39).
2) Fr. 2 h. t.
3) Fr. 1, 4, 6 h. t.
4) Fr. 3 h. t.
5) Fr. 9 h. t.
6) M. E. ist Karlowa, Beiträge S. 141 fgg., der Beweis, dass die actio fin. reg. sich von jeher auf die controuersia de fine beschränkt habe, gegen Rudorff vollständig gelungen und durch das, was dieser im E. P. § 73 n. 5 erwidert, sicherlich nicht widerlegt.
7) Fr. 4 § 8—11, fr. 6 h. t. enthalten abgesonderte Schlussbemerkungen.
8) Vgl. c. 3 h. t. = c. 1 C. Theod. h. t. (2. 26).
9) Vgl. hiezu Karlowa, a. a. O. S. 142 fgg.
10) Vgl. § 6 J. de off. iud. (4. 17) v.: quod forte circa fines malitiose aliquid commisit, uerbi gratia quia lapides finales furatus est.
11) Fr. 7 comm. diuid. (10. 3).
12) Fr. 7 de ui (43. 16) cf. fr. 7 § 5 comm.

comm. diu. actio (s. S. 165) nicht im gleichen Buch mit der directa actio erörtern, macht es an sich schon plausibel, dass für jene eine besondere Formel im Edict stand. Diese Annahme wird durch den Inhalt von Ulp. 20 fr. 7 cit. bestätigt. Im pr.—§ 2 dieses Fragments wird zunächst mitgeteilt, dass die Anwendbarkeit der comm. diu. directa sich nicht auf das Verhältniss quiritischer Miteigentümer beschränke, dass vielmehr auch die Teilung von agri uectigales, von Provinzialgrundstücken — an solche wird bei § 1 zu denken sein —, von zu Publicianischem Recht besessenen Grundstücken keine Veränderung der Formel notwendig mache: alles sehr natürlich, wenn man erwägt, dass die Formel der directa das zu teilende commune nicht namhaft machte, sondern nur „de communi diuidundo" überhaupt lautete. Nun fährt Ulpian in § 3 fort:

> Ex quibus[1]) autem causis uindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utile communi diuidundo competit . . . .

Die Art und Weise, wie Ulpian die Voraussetzung dieses utile iudicium — die iusta causa possidendi bei Mangel der uindicatio (directa und utilis) — in § 3—10 commentirt, die Ausdrücke ferner, mit denen er die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit desselben bezeichnet (hoc iudicium locum habet, non habet, non debere hoc iudicium dari, cessare hoc iudicium, non erit huic utili iudicio locus, hoc iudicium competit), lassen keinen Zweifel, dass wir es hier mit einem, und zwar für alle von Ulpian angeführten Fälle[2]) gleicher Massen concipirten, im Edict proponirten Rechtsmittel zu tun haben, das der Aufmerksamkeit Rudorffs entgangen ist.

Die Formel zu reconstruiren ist bei der Spärlichkeit des überlieferten Materials nicht möglich. In der demonstratio war jedenfalls das Erforderniss der gemeinschaftlichen possessio ex iusta causa erwähnt. Eine ficticische Fassung ist nicht wahrscheinlich, da der Judex die hier in Betracht kommenden Gemeinschaftsverhältnisse weder so auseinandersetzen sollte noch auch konnte als wenn Eigentumsgemeinschaft vorläge.

§ 83—88. *DE FIDEIUSSORE ET SPONSORE*[3]).

Ulp. 20[4]). 21[5]). 22[6]), Paul. 24[7]). 25[8]), Gai. 8[9]), Julian. 88[10]). 89[11]) (?).

An die Ordnung der aus der Rechtsgemeinschaft abfliessenden Rechts-

diuid. (10. 3). Vielleicht ist fr. 10 § 1 comm. diuid. — Paul. 23 — aus Paul. 24 interpolirt. Vgl. Ulp. 20 fr. 7 § 7 eod.

1) *Flor.*: quibusdam. Die obige Lesart entspricht den Basiliken und dem Schol. des Cyrillus bei Heimb. I p. 799. 800.

2) Besitz mehrerer Usurecipienten (§ 3, wo statt „ex causa indebiti soluti res" mit Keller zu lesen ist: ex causa debiti soluti fiducia), Pfandgläubiger (§ 6), Usufructuare (§ 7), missi in possessionem (§ 8). Vgl. ferner fr. 10 § 1 h. t., fr. 32 de stip. seru. (45. 3).

3) Paul. sent. I 20.

4) Fr. 41 pro socio (17. 2), fr. 60, 72 de V. O. (45. 1).

5) Fr. 15 de iudic. (5. 1), fr. 19 de pignor. (20. 1), fr. 30 de hered. instit. (28. 5), fr. 44 ad l. Falc. (35. 2), fr. 30 de m. c. don. (39. 6), fr. 2 de cess. bon. (42. 3), fr. 42 de O. et A. (44. 7), fr. 33 de V. S. (50. 16), fr. 134 de R. J. (50. 17).

6) Fr. 17 de statu hom. (1. 5), fr. 27 de fideiuss. (46. 1).

7) Fr. 23 de N. G. (3. 5), fr. 29 de pec. constit. (13. 5), fr. 26 de adm. et per. (26. 7), fr. 10 de auct. (26. 8), fr. 7 de ui (43. 16), fr. 73 de V. O. (45. 1), fr. 1 rem pup. (46. 6), fr. 1 iud. solui (46. 7), fr. 32. 34 de V. S. (50. 16).

8) Fr. 28 de fideiuss. (46. 1).

9) Fr. 1. 3 de grad. (38. 10), fr. 31 de m. c. don. (39. 6), fr. 26 de fideiuss. (46. 1), fr. 133 de R. J. (50. 17). Fr. 74 de V. O. (45. 1)? s. S. 171 n. 4.

10) Fr. 59 de V. O. (45. 1).

11) Fr. 17 de fideiuss. (46. 1).

verhältnisse schloss sich im Edict, wahrscheinlich unter dem Gesichtspunkt der Haftungsgemeinschaft, das Kapitel von der Bürgschaft. Ein grosser Teil der in den Noten angeführten Commentarfragmente verlangt, ein anderer duldet die Beziehung auf diese Materie, und wenn bei dem Rest die Zusammenhänge dunkel bleiben, so erklärt sich dies sehr einfach daraus, dass wir über das classische Actionenrecht der Bürgschaft überaus ungenügend unterrichtet sind. Ich versuche zunächst die Beziehungen so weit möglich klar zu stellen.

Gai. III 121 meldet:

> .... sponsor et fidepromissor leg*e* Furi*a* biennio liberantur, et quo*t*quo*t* erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes d*i*ducitur inter eos obligatio et singuli (*in*) uiriles partes *obliga*ntur.

Die Erörterung dieser Bestimmungen musste notwendig zur Behandlung der Fragen von der Teilbarkeit der Obligationen und der Nativität der Ansprüche führen, welch letztere sowohl mit Rücksicht auf den Anfangspunkt des biennium als auch behufs Feststellung des für die Teilung der Obligation massgebenden Moments in Betracht kam. Hieher ziehe ich Ulp. 20 fr. 60, 72 de V. O. (45. 1), Paul. 24 fr. 73 pr. eod., fr. 26 de adm. et peric. (26. 7), fr. 1 rem pupilli (46. 6), fr. 1 iud. solui (46. 7) cf. fr. 5 § 4 eod., Julian. 88 fr. 59 de V. O. (45. 1)[1]).

An die lex Furia knüpft die lex Appuleia — Gai. III 122 — an, welche demjenigen unter mehrern Sponsoren oder Fidepromissoren, der plus sua portione soluerit, de eo quod amplius dederit, aduersus ceteros actionem constituit. Aduersus ceteros: natürlich nur unter der Voraussetzung, dass der zu belangende Mitbürge selbst weniger als seinen Anteil geleistet hat. Hieher vielleicht Paul. 24 fr. 32 de V. S.:

> Minus solutum intellegitur etiam si nihil esset solutum.

Die lex Publilia — Gai. III 127, IV 22 — gewährte dem sponsor, der für den Hauptschuldner gezahlt hatte und von letzterem nicht innerhalb sechs Monaten Deckung erhielt, gegen diesen eine Regressklage, die s. g. actio depensi. Hier mussten die Juristen feststellen, wann der Tatbestand der Zahlung (datum depensum)[2]) vorliege: Paul. 24 fr. 23 de N. G. (3. 5).

Sponsoren und Fidepromissoren konnten wirksam zugezogen werden, „quamuis interdu*m* ipse qu*i* promiserit non fuerit obligatus, uelut si *mulier* aut pupillus sine tutoris auctoritate .... dari promiserit“. Vgl. Gai. III 119. In diesen Zusammenhang gehört vielleicht Paul. 24 fr. 10 de auct. tut. (26. 8).

Die lex Cicereia — Gai. III 123 — verordnete:

> ..... ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedica*t* palam et declaret, et de qua re satis accipiat et quo*t* sponsores a*u*t fidepromissores in eam obligationem accepturus sit .....

Hieher Ulp. 21 fr. 33 de V. S. (50. 16):

> Palam est coram pluribus.

Die Folge unterlassener praedictio war unter gewissen Voraussetzungen

1) Julian behandelte anscheinend die Bürgschaftsgesetze ausser der Ordnung des Edicts, unter den leges. Vgl. S. 6.

2) L. Jul. munic. v. 115.

Liberation der Bürgen. Per contrarium weist hierauf Ulp. 21 fr. 19 de pignor. (20. 1):

> Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto uniuerso quantum debetur.

Durch die lex Cornelia — Gai. III 124 — wurde für alle Arten von Bürgen verboten, dass eine und dieselbe Person für einen und denselben bei einem und demselben Gläubiger sich „in ampliorem summam creditae pecuniae quam in uiginti milia" obligire. Unter pecunia credita wurde hier nach Gaius nicht bloss dass Darlehen verstanden, sondern jede Schuld, aber freilich nur die unbedingte. Hieher gehört wahrscheinlich die Erörterung des der „pecunia credita" entsprechenden Begriffs creditor bei Ulp. 21 fr. 42 de O. et A. (44. 7), wie auch die Bemerkung bei Paul. 24 fr. 73 § 1 de V. O. (45. 1), vielleicht auch fr. 34 de V. S. (50. 16).

Die letzte Stelle nimmt in den Commentaren das Teilungsbeneficium der epistula D. Hadriani ein (Gai. III 121). Auf dieses beziehen sich offensichtlich: Ulp. 22 fr. 27 de fideiuss. (46. 1), Paul. 25 fr. 28 eod., Gai. 8 fr. 26 eod.[1]) Auch die Bemerkung bei Ulp. 25 fr. 17 de statu hom. (1. 5) über die unter Caracalla stattgefundene Verallgemeinerung des römischen Bürgerrechts wird wohl gelegentlich hier gefallen sein. Anlass zur Erwähnung jener Tatsache gab der Umstand, dass die lex Furia sich ohne Zweifel nur auf römische Bürger bezog[2]). —

Der weitaus grösste Teil der Eingangs angeführten Fragmente hat im Obigen Unterkunft gefunden. Von dem Rest können einige ohne Schwierigkeit der allgemeinen Lehre von der Bürgschaft zugewiesen werden[3]). Immerhin bleibt aber noch eine Anzahl übrig, deren ursprüngliche Beziehung auch nicht mit annähernder Sicherheit zu ermitteln steht. Zunächst zwei Stellen, die es mit dem Begriff des mortis causa capere zu tun haben: Gai. 8 fr. 31 de m. c. don. (39. 6), Ulp. 21 fr. 30 eod. Eine mögliche Erklärung könnte aus Gai. III 125 hergenommen werden, wonach die satisdationes, die auf Grund der lex Julia uicesimaria zu leisten waren, von der Beschränkung der lex Cornelia frei waren: möglich, wenn gleich kaum wahrscheinlich, dass Gaius und Ulpian sich hier mit grösserer Ausführlichkeit auf die lex Julia einliessen. Diesem Zusammenhang könnte man zur Not weiter zuweisen: Gai. 8 fr. 1, 3 de gradib. (38. 10)[4]), Ulp. 21 fr. 44 ad l. Falc. (35. 2)[5]), fr. 2 de cess. bon. (42. 3)[6]), fr. 30 de hered. instit. (28. 5). Einem andern nicht nachweisbaren

1) Hieher auch Julian. 89 fr. 17 eod.

2) Dies ist zwar nicht ausdrücklich überliefert, folgt aber aus Gai. IV 22.

3) Nämlich: Ulp. 20 fr. 41 pro socio (17. 2) vgl. etwa Gai. III 119 i. A.; Paul. 24 fr. 29 de pec. constit. (13. 5) vgl. fr. 8 § 5 de fideiuss. (46. 1), — doch ist bei dieser Stelle auch die Möglichkeit falscher Inscription (XXIIII statt XXVIIII) in Betracht zu ziehen; Paul. 24 fr. 73 § 2 de V. O. (45. 1) vgl. fr. 91 § 3. 4 eod.

4) Gaius gibt hier ein Verzeichniss der Verwandten bis zum 7ten Grad. Das könnte veranlasst sein durch die Tatsache, dass gewisse nahe Verwandte, aber freilich nicht bis zum 7ten Grad, von Entrichtung der Erbschaftssteuer frei waren. Vgl. Plin. panegyr. c. 37 sqq. und die bei Isidor. orig. IX 6, 28 dem stemma beim 4ten Grad beigefügte Bemerkung: usque ad hunc laterculum immunes personae sunt. Vgl. Rudorff, E. P. § 77[5].

5) Beziehung der Falcidia zur uicesima: cf. fr. 68 ad l. Falc. (Inscription), testam. Dasumii (Bruns, fontes ed. IV p. 228) v. 115.

6) Paul. sent. lib. 5 fr. 45 § 9 de iure fisci (49. 14).

Zusammenhang gehört Ulp. 21 fr. 134 de R. J., Gai. 8 fr. 133 eod. an[1]). Dunkel ist endlich auch Ulp. 21 fr. 15 de iud. (5. 1):

> Filius familias[2]) iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat. (§ 1) Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem uidetur hoc facere, si euidens arguatur eius uel gratia uel inimicitia uel etiam sordes), ut ueram aestimationem litis praestare cogatur.

Rudorff, E. P. § 79, gründet auf diese Stelle die Annahme, dass in directer Nachbarschaft dessen, was das Edict mit Beziehung auf die Bürgschaftsgesetze enthielt, die Clausel Si iudex litem suam fecerit gestanden habe. Ich halte diese Hypothese für unmöglich: denn ist die Inscription des Fragments richtig, so stand dasselbe mitten in der Materie von der Bürgschaft, in der Gegend der Rubriken ad legem Cicereiam und ad legem Corneliam (Ulp. 21), aber noch vor der Rubrik ad epistulam D. Hadriani (Ulp. 22): wie soll an solchen Ort die Clausel Si iudex litem suam fecerit geraten sein[3])? Ohne Zweifel haben wir es vielmehr in fr. 15 cit. (wofern die Inscription der Stelle richtig ist) mit einem speciellen Fall des litem suam facere zu tun, zu dessen Erörterung eines der Bürgschaftsgesetze Anlass gab. Dafür spricht auch sehr entschieden der Wortlaut der Stelle; denn wenn Ulpian das litem suam facere definirt als: dolo malo in fraudem legis sententiam dicere, so wäre das als Definition des Delicts überhaupt viel zu enge (s. oben S. 136 fg.), und das „in fraudem legis" verträgt gewiss sehr gut die Deutung auf ein Urteil, das in fraudem eines bestimmten Gesetzes erlassen ist. Erwägt man nun, dass nach Gai. III 124 die lex Cornelia als lex imperfecta erscheint, indem sie Bürgschaften über das gesetzte Mass hinaus nur verbot (qua lege uetatur), aber nicht für nichtig erklärte, so liegt der Gedanke gerade an dieses Gesetz sehr nahe: der Prätor wird die Durchführung der lex Cornelia übernommen und den Judex auf Antrag in der Formel irgendwie auf dieselbe verwiesen haben: das pluris condemnare war dann ein litem suam facere — Gai. IV 52 — und machte den Judex dem Bürgen regresspflichtig. —

Ich habe soeben eine Vermutung über eine an die lex Cornelia anknüpfende Tätigkeit des Prätors gewagt. Es erhebt sich zum Schluss überhaupt die Frage, wie wir uns den auf die Bürgschaftsgesetze bezüglichen Teil des Albums ausgefüllt denken sollen. Ich stelle hieher folgende Rechtsmittel.

1. Ad legem Furiam (Ulp. 20, Paul. 24) war die Formel der ehedem

1) Fr. 134 pr. de R. J. stellt fest, dass in der Unterlassung eines Erwerbs keine fraudatio creditorum liege. Auf eben dies Delict wird auch fr. 134 § 1 und wohl auch fr. 133 cit. zu deuten sein. Betrüglicher Accord in der Absicht, den Sponsoren und Gläubigern Vermögensbestandteile zu entziehen? Vgl. l. Jul. munic. v. 114. 115: qui sponsoribus creditoribusue suis renuntiauit renuntiauerit se soldum soluere non posse aut cum eis pactus est erit se soldum soluere non posse.

2) Mommsen: post „filius familias" uerba „ubi contraxit" uel similia male uidentur sublata esse. Post, vielleicht ante: die Compilatoren werden falsch abgeteilt haben. Dass hier nur durch Conjecturalkritik zu helfen, halte ich für sicher.

3) Vgl. oben § 64.

durch manus iniectio pro iudicato durchgeführten Rückklage — actio legis Furiae — proponirt[1]). Gai. IV 22, 109.

2. Ad legem Appuleiam (Paul. 24) haben wir die durch dieses Gesetz eingeführte Regressklage — Gai. III 122 — zu suchen[2]).

3. Ad legem Publiliam (Paul. 24): hieher gehört die Formel der actio depensi, die bekanntlich (wie übrigens ohne Zweifel auch die actio legis Furiae) eine actio quae infitiando in duplum crescit war. Gai. III 127, IV 22, 171, Paul. I 19 § 1.

4. Ad legem Cicereiam (Ulp. 21): nach Gai. III 123 konnten auf Grund dieses Gesetzes die angenommenen Sponsoren und Fidepromissoren innerhalb dreissig Tagen ein praeiudicium „an ex ea lege praedictum sit" verlangen. Kein Zweifel, dass dessen Formel hier proponirt war.

5. Ad legem Corneliam (Ulp. 21, Paul. 24) wird ebenfalls, wie ex lege Furia, eine Rückforderungsklage proponirt gewesen sein, womit die auf Verlangen erfolgende Erteilung einer exceptio legis Corneliae durchaus nicht im Widerspruch stehen würde.

6. Ad epistulam D. Hadriani (Ulp. 22, Paul. 25, Gai. 8). Dies Gesetz liess nach Gai. III 121, Gai. 8 fr. 26 de fideiuss. (46. 1) die civile Haftung unberührt und ordnete nur an, dass bei Solvenz aller Mitbürgen der Gläubiger gezwungen werden solle, die ihm an sich gegen jeden in solidum zustehende Klage zu teilen. Dieser Zwang nun konnte nirgends anders als bei dem Prätor liegen und war im Edict vorgesehen. Paul. sent. I 20:

> Inter fideiussores ex edicto praetoris, si soluendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio diuidetur.

Vgl. auch c. 10 § 1 de fideiussorib. (8. 40 [41])[3]). Geübt wurde der beregte Zwang regelmässig ohne Zweifel in der Weise, dass dem Gläubiger, wenn der belangte Bürge die Existenz und Solvenz von Mitbürgen in iure nachwies, die actio in solidum denegirt und nur actio diuisa erteilt wurde. Verweisung der Vorfrage ins iudicium war möglich, aber im Edict nicht vorgesehen, arg. fr. 28 de fideiuss. (46. 1):

> Si contendat fideiussor ceteros soluendo esse, etiam exceptionem ei dandam „si non et illi soluendo sint".

Hienach vermute ich, dass im Album ad epistulam D. Hadriani die Formel einer actio diuisa proponirt war. Wie diese gefasst war, wissen wir nicht. Selbstverständlich trat die Teilung der Obligation in der condemnatio hervor. Hinsichtlich der intentio dagegen ist wohl ein Unterschied zwischen condictio certi und actiones incerti zu machen. Dort wird der Gläubiger, wofern er nicht alle Mitbürgen zusammen belangte, nur auf den Teil intendirt haben[4]), um die processuale Consumption hierauf einzuschränken. Hier war ein solches minus intendere nicht möglich, und die intentio also lediglich die gewöhnliche[5]).

1) Eine exceptio legis Furiae (vgl. Demelius, Untersuchungen S. 16 n. 6) war nicht proponirt; sie fiel unter die allgemeine Rubrik des § 279.

2) Ist vielleicht in fr. 72 pr. i. f. de V. O. an diese zu denken?

3) Verb.: ex ordine postulari solet.

4) Gai. IV 56. Gehört hieher vielleicht Gai. 8 fr. 74 de V. O. (45. 1)?

5) Vergleiche Keller, L. C. und Urt. S. 568 fgg.

Sollte aber nicht auch im ersten Fall die ursprüngliche Richtung der Obligation auf das Ganze in der Formel irgendwie hervorgetreten sein?

§ 89. SI MENSOR FALSUM MODUM DIXERIT[1]).

Ulp. 24[2]). Paul. 25[3]).

Die intentio dieser actio in factum machte jedenfalls die Eigenschaft des Beklagten als agrimensor namhaft, Ulp. 24 fr. 1 pr. h. t.:

> Aduersus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit.

Im Uebrigen war sie gestellt auf

> *S. p. N^m N^m ...... agri*[4]) *q. d. a. modum falsum renuntiasse*[5]) *dolo malo*[6]).

Von der condemnatio[7]) berichtet Ulp. 24 fr. 3 § 1 h. t.:

> Competit autem haec actio ei, cuius interfuit, falsum modum renuntiatum non esse.

Ob dies wortgetreues Referat oder Interpretation eines blossen quanti ea res est ist, muss dahingestellt bleiben.

Actio noxalis — fr. 3 § 6. h. t. — wurde erteilt, war aber nicht proponirt.

Die erhaltenen Commentarstücke beziehen sich anscheinend durchweg auf die Formel. Eine Spur doppelten Commentars, wie wir ihn sonst fast durchgängig finden, wo der Formel ein Edict vorausging, findet sich nicht. Es ist daher anzunehmen, dass unsere actio in factum, wie auch andere prätorische Actionen, im Edict nicht verheissen, sondern nur proponirt war, und damit stimmt auch der Wortlaut des oben angeführten fr. 1 pr. h. t. Allerdings heisst es in fr. 1 § 1 h. t. von dem Mensor:

> et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter uerba edicti.

Gemeint sind damit die Worte dolo malo. Allein da es im Anfang eben des fr. 1 § 1 heisst:

> haec actio dolum malum dumtaxat exigit,

so kann es kaum einem Zweifel unterliegen, dass hier, ganz wie in fr. 14 § 11 quod met. causa (4. 2), das Wort „edicti" eine Interpolation statt des ursprünglichen „formulae" ist.

§ 90. AD EXHIBENDUM[8]).

Ulp. 24[9]), Paul. 26[10]), Julian. 9[11]).

Die Formel[12]) der actio ad exhibendum ist in neuerer Zeit von

1) D. (11. 6).

2) Fr. 1, 3, 5, 7 h. t.

3) Fr. 2, 4, 6 h. t. Fr. 6 fälschlich Paul. 24 inscribirt, ein Schreibversehen, das sich aus dem ständigen Abwechseln zwischen Ulp. 24 und Paul. 25 in diesem Titel leicht erklärt.

4) Utilis actio, si cuius alterius rei: Ulp. 24 fr. 5 § 2, fr. 7 h. t., Paul. 25 fr. 6 h. t. Fr. 32 § 1 de l. Corn. de falsis (48. 10) handelt von einer Mult.

5) Ulp. 24 fr. 1 § 2 h. t., Paul. 25 fr. 2 pr. h. t. Vgl. C. J. L. VI, 10233 i. f.

6) Ulp. 24 fr. 1 § 1 h. t., Paul. 25 fr. 2 § 1 h. t. S. auch fr. 3 § 4 h. t.

7) Commentar hiezu: Ulp. 24 fr. 3 § 1—4 h. t.

8) D. (10. 4), C. (3. 42).

9) Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11 h. t.

10) Fr. 10, 12 h. t., fr. 42 de R. V. (6. 1), fr. 6 de in lit. iur. (12. 3), fr. 31 de manum. test. (40. 4), fr. 37 de V. S. (50. 16).

11) Fr. 8 h. t.

12) Darüber, dass diese actio nicht durch ein Edict verheissen war, s. Wlassak, Edict u. Klagef. S. 127 fg.

Demelius[1]) zum Gegenstand einer ausführlichen und gründlichen Untersuchung gemacht worden, worin die gänzliche Unhaltbarkeit aller frühern Reconstructionsversuche nachgewiesen ist, ohne dass es indess m. E. Demelius gelungen ist, seinerseits einen auch nur einiger Massen befriedigenden neuen Vorschlag zu machen. Statt aller Kritik stelle ich sofort das, was sich über die Formel positiv ermitteln lässt, zusammen, werde aber hinsichtlich der von Demelius bereits erledigten Punkte wegen des Nähern auf diesen Schriftsteller verweisen.

1. Die condemnatio unserer Formel stimmte mit derjenigen der rei uindicatio wörtlich überein[2]), Gai. IV 51:

> (condemnatio) . . . . incerta es*t* et infinita, *uel*ut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agam*us* uel ad exhibendum: nam illic[3]) ita est: QUANTI EA RE*S* ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, N. NEGIDIUM *A. AGERIO* CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLUIT*O*.

2. Die Formel enthielt eine Clausel, die den Judex zur Erlassung eines arbiträren Exhibitionsbefehls ermächtigte, ein „nisi oder neque arbitratu tuo exhibebitur". Die actio ad exhibendum wird in § 31 I. de act. (4. 6) im Katalog der arbitrariae actiones aufgeführt, und auch ausserdem finden sich zahlreiche Spuren, welche nicht nur das Stattfinden des iussus de exhibendo[4]), sondern auch seine Formelmässigkeit bezeugen, am sprechendsten in fr. 3 § 13 h. t.:

> iudicem per arbitrium sibi ex hac actione (l. formula) commissum . . . .

Vgl. ferner fr. 11 § 2, fr. 17, sodann fr. 3 § 9, fr. 7 § 4. 6, fr. 9 § 5. 6, fr. 11 § 1 h. t., fr. 28 § 1 de appell. (49. 1), § 3 I. de off. iud. (4. 17). In Ulpians Commentar sind fr. 9 § 5—ult., fr. 11 h. t. speciell der Exhibitionsclausel gewidmet.

3. In der Formel war ausdrücklich gesagt, dass Besitz des Beklagten oder dolose Aufgabe des Besitzes durch denselben Voraussetzung der Verurteilung sei. Dies wird allerdings von Demelius[5]) bestritten; er will die Frage der Passivlegitimation dem officium iudicis überweisen, das sich an die Exhibitionsclausel habe anlehnen können, und beruft sich dafür auf die Analogie der formula petitoria. Allein gerade die Vergleichung dessen, was die Juristen in dieser Richtung über beide Formeln sagen, beweist die Unrichtigkeit der D.'schen Ansicht. Für die R. V. hat sich die Haftbarkeit dessen qui dolo desiit possidere erst sehr spät festgestellt; sie ist zwar schon dem Julian, Pomponius und Gaius bekannt — fr. 52, 70, 36 pr. de R. V. (6. 1) —, aber noch Paulus in fr. 27 § 3 eod. glaubt sie besonders begründen zu müssen, mit einem Hinweis auf die für die hereditatis petitio getroffene Bestimmung des s. g. SC Iuuentianum, und schliesst sehr schüchtern:

> cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus

1) Die Exhibitionspflicht (1872) S. 9 fgg.

2) Demelius, a. a. O. S. 9—11.

3) Wegen dieses Worts s. Demelius, a. a. O. S. 9 n. 3.

4) Darüber, dass die Clausel auf exhibere und nicht auf restituere ging, vgl. Demelius, a. a. O. S. 43 fg. 58 fg. und besonders fr. 9 § 5 i. f. h. t.: quamuis non de restituendo, sed de exhibendo agatur. Ich hebe hervor, dass gerade bei fr. 9 § 5 (s. oben) Ulpians Commentar zur Exhibitionsclausel selbst gelangt.

5) a. a. O. S. 15 fgg.

praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.

Bei der actio ad exhibendum findet sich nicht nur von solchen Rechtfertigungsversuchen keine Spur, sondern bereits Labeo operirte hier mit der Haftung dessen qui dolo desiit possidere als mit etwas ganz zweifellos Feststehendem[1]). Je enger sich nun im Uebrigen die actio ad exhibendum an die R. V. anschliesst, was Demelius mit Recht betont, um so weniger wäre diese Abweichung in der juristischen Behandlung begreiflich, wenn sie nicht auf einer Verschiedenheit der Formel beruhte. Ich zweifle daher keinen Augenblick, dass wir den Abschnitt Ulp. 24 fr. 3 § 15, fr. 5, 7, 9 pr.—§ 4 h. t. als Commentar zu dem die Passivlegitimation ordnenden Teil der Formel aufzufassen haben, und mache namentlich noch darauf aufmerksam, mit wie viel grösserer Ausführlichkeit der Fall des dolo desiisse possidere hier behandelt ist als in den Commentaren zur formula petitoria. Und es ist ja schliesslich auch leicht einzusehen, warum die actio ad exhibendum jenen Gedanken früher, als er in der R. V. zur Geltung kam, formelmässig zum Ausdruck brachte: so künstlich es ist, die dingliche Klage gegen einen Nichtbesitzer zuzulassen und sie so ihres eigentlichen Charakters zu entkleiden, so natürlich ist es, die persönliche Klage, die den Zweck verfolgte, dem Eigentümer die Vindication zu ermöglichen, auch gegen denjenigen zu gewähren, der ihm die Vindication durch seinen dolus unmöglich gemacht hat[2]).

4. Die eigentliche Schwierigkeit für die Reconstruction unserer Formel pflegt man in ihrer intentio zu finden. Demelius hielt diese Schwierigkeit für so unübersteiglich, dass er sich entschloss, seine Formel ohne intentio in die Welt zu schicken, und doch liegt das Richtige so nahe, dass man, selbst ohne das vorhandene quellenmässige Beweismaterial, darauf hätte kommen sollen.

Der ursprüngliche und Normalzweck der actio ad exhibendum ist bekanntlich der, eine andere Klage vorzubereiten, die Hauptklage, die von Ulpian wiederholt[3]) als directum iudicium, directa actio der actio ad exhibendum entgegengesetzt wird. Es ist Jemandem eine Sache abhanden gekommen, ein Tier, ein Sklave entlaufen; er kann dartun, dass eine dergleichen Sache, ein solches Tier, ein solcher Sklave im Besitz des X. gesehen worden; aber der vorsichtige Mann wird nicht zur Vindication schreiten, ehe er sich nicht durch den Augenschein von der Identität überzeugt hat: eben diesen Augenschein verschafft ihm die actio ad exhibendum. Ein Sklave hat ein Delict begangen; der Verletzte weiss, dass es ein Sklave des X. war; er wird ihn bei Musterung der sämmtlichen Sklaven des X. erkennen und so den zur Formulirung der Noxalklage notwendigen Namen erfahren: die actio ad exhibendum bietet ihm das Mittel dazu. An solche und ähnliche Fälle muss man denken, wenn man sich eine Vorstellung davon machen will, wie die intentio unserer actio zweckmässig zu gestalten war. Von diesem Standpunkt aus kommen wir aber not-

1) Vgl. fr. 15 h. t., fr. 15 de cond. c. d. c. n. s. (12. 4).

2) Ich kann daher das von Demelius, a. a. O. S. 186 fgg. Beigebrachte in keiner Weise als durchschlagend anerkennen.

3) Fr. 3 § 13, fr. 17 h. t.

wendig zu einer intentio, welche die Zweckbestimmung der Exhibition in den Vordergrund stellt, einer Formel, die z. B. im Fall beabsichtigter Vindication den Judex anweist zu condemniren, wenn er finde, dass die Exhibition geschehen müsse, damit Kläger vindiciren könne[1]): „si exhiberi oportet, ut Aˢ Aˢ uindicare possit", das Wort „oportet" in dem Doppelsinn des praktisch Notwendigen und des rechtlich Zumutbaren genommen. Aber freilich: „si exhiberi oportet", — mit dieser Fassung können wir uns nicht beruhigen. Was soll denn der Gegner exhibiren? Offenbar stossen wir hier auf eine Schwierigkeit. Den Sklaven Stichus? Si paret Stichum seruum exhiberi oportere? Unmöglich: wenn Kläger bestimmt wüsste und beweisen könnte, dass der im Besitz des Beklagten gesehene Sklave wirklich sein Sklave Stichus ist, so bedürfte er i. d. R. der actio ad exhibendum nicht: ihr Hauptzweck ist ja, das Streitobject zu identificiren. Regelmässig wird Kläger höchstens haben beweisen können, dass ein im Besitz des Beklagten befindlicher Sklave seinem verlorenen Stichus gleich sehe, und das muss dem Judex zur Erlassung des Exhibitionsbefehls genügt haben. Wie war also die Formel zu fassen, wenn diese ganz unvermeidliche Unbestimmtheit des Exhibitionsobjects zum Ausdruck kommen sollte. Ich denke, ebenfalls unbestimmt, als actio incerti:

> *Quod Aˢ Aˢ Stichum hominem ex iure Quiritium suum esse ait*[2]), *quidquid, ut eo nomine recte experiri possit, A⁰ A⁰ exhiberi oportet, quod Nˢ Nˢ possidet doloue malo eius factum est quo minus possideret, si arbitratu tuo A⁰ A⁰ non exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Nᵐ Nᵐ A⁰ A⁰ c. s. n. p. a.*

Die vorstehende Formel nun ist nicht etwa eine blosse auf allgemeine Gründe gestützte Hypothese, sondern sie lässt sich, wenn auch natürlich nicht für jedes einzelne Wort die Garantie übernommen werden kann, in allem Wesentlichen streng quellenmässig nachweisen.

Zunächst entspricht unsere Formel durchaus der Reihenfolge der Materien in Ulpians Commentar. Dieser beginnt in fr. 3 pr. § 1 h. t. mit den vortrefflich auf unsere demonstratio passenden Worten:

> In hac actione actor omnia nosse debet et dicere argumenta rei de qua agitur. (§ 1) Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit[3]) nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi.

Daran schliesst sich in § 3 (— über § 2 s. S. 176 n. 4 —) der Uebergang zur intentio:

> Est autem personalis haec actio —,

und nun wird bis fr. 3 § 14 dasjenige vorgetragen, was sich an die in Verbindung mit der demonstratio betrachtete intentio knüpft. Folgt in fr. 3 § 15,

1) Bekker, Aktionen I S. 226: „es soll so exhibirt werden, dass demnächst vindicirt werden kann."

2) Hier wurde eventuell die anderweite causa exhibendi namhaft gemacht; die Musterformel ging aber ohne Zweifel auf die R. V. Vgl. Ulp. fr. 3 § 1. 3. 6. 9. 10. 14 h. t.

3) Vgl. Gai. IV 51: si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus uel ad exhibendum. Danach findet auch bei der letztern Klage ein rem nostram esse petere statt.

fr. 5, 7 der Commentar zu „quod Ns Ns possidet[1]“, in fr. 9 pr. — § 4 derjenige zu „doloue malo eius factum est quo minus possideret“, endlich in fr. 9 § 5—ult., fr. 11 die Erläuterung der Exhibitionsclausel.

Wir haben aber noch viel directere Zeugnisse für unsere intentio: die actio ad exhibendum wird in fr. 33 depositi (16. 3) ausdrücklich als actio incerti bezeichnet:

> . . . . . posse . . . cum eo incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam uindicare[2]).

Paulus hat ferner im Commentar zu der Formel die Verwandtschaft mit den andern actiones incerti ausdrücklich hervorgehoben; denn fr. 6 de in lit. iur. (12. 3) — man achte auf die Inscription Paul. 26: Paul. 26 handelt ausschliesslich von der actio ad exhibendum — besagt:

> alias, si ex stipulatu uel ex testamento agatur, non solet in litem iurari[3]).

Ist mit dieser sonst ganz unmotivirten Heranziehung der actio ex stipulatu und ex testamento nicht das gemeinsame „quidquid oportet“ geradezu handgreiflich gemacht[4])? Aber mehr noch: Paulus hat das Bedürfniss empfunden, zu erklären, warum bei den auf oportere gestellten Klagen das iusiurandum in litem als Regel nicht stattfinde, und er definirt uns daher in ebendemselben lib. 26, wo er, wie gesagt, allein von der actio ad exhibendum handelt, das Wort oportere, vgl. fr. 37 de V. S. (50. 16):

> Verbum „oportere“ non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest uel pluris uel minoris condemnare, sed ad ueritatem refertur.

Es ist klar, dass zu einer solchen Aeusserung Anlass nur dann vorlag, wenn unsere Formel das Wort enthielt[5]).

Als actio ciuilis ist unsere actio ferner bezeichnet in fr. 16 § 1 de P. V. (19. 5)[6]): in dieser Stelle wird die Zuständigkeit gerade speciell der actio ad exhibendum — vgl. fr. 16 pr. eod. — mit den Worten verneint:

> nullam iuris ciuilis actionem esse Aristo ait.

Dass sodann die Beziehung der verlangten Exhibition zum iudicium directum in der Formel zum Ausdruck kam, hat bereits Demelius a. a. O. S. 26 fgg.

1) Rudorff, E. P. § 86, hat statt „quod Ns Ns possidet“ die Worte: (si ea res) penes Nm Nm est, im Anschluss an die Fassung des interdictum de tabulis exhibendis und mit Beziehung auf c. 4 h. t. Allein beides kann der Tatsache gegenüber, dass in Ulpians Commentar das Wort possidere die entscheidende Rolle spielt, nicht in Betracht kommen.

2) Die Art und Weise, wie sich sowohl Rudorff, R. G. II § 50 n. 20, als Demelius, a. a. O. S. 22, mit dieser Stelle abfinden, kann in keiner Weise gebilligt werden. Actio incerti ist lediglich und allein die actio mit intentio incerta. Vgl. auch Hefke, Taxatio (1879) S. 87 n. 140.

3) Vgl. fr. 3 § 2 h. t.

4) Auch Ulpian scheint die Frage der Zulässigkeit des Schätzungseids gelegentlich des „quidquid oportet“ besprochen zu haben. Die darauf bezügliche Bemerkung steht ganz im Eingang des Commentars — fr. 3 § 2 h. t. —, nicht, wie man erwarten sollte, am Schlusse bei dem „quanti ea res erit“.

5) Man darf nicht einwenden, Paulus habe vielleicht gelegentlich unserer actio den Schätzungseid nach allen Richtungen und so nebenbei auch mit Hinsicht auf die actiones ciuiles in personam besprochen. Das wäre denkbar, wenn dem Juristen in seinem Commentar hier der Schätzungseid zum ersten Male begegnet wäre, was bekanntlich nicht der Fall ist (actio metus causa, de dolo, hereditatis petitio, rei uindicatio u. s. w.!).

6) Vgl. Demelius, a. a. O. S. 20 fg.

schlagend dargetan. Ich begnüge mich hier mit dem Hinweis auf fr. 3 § 14 h. t., wo desswegen, weil im concreten Fall kein iudicium directum zuständig ist, die actio ad exhibendum für ausgeschlossen und eine actio in factum für notwendig erklärt wird: hätte die Formel nicht jene Beziehung ausdrücklich enthalten, so hätte man gewiss durch Interpretation geholfen. Der ganze Abschnitt Ulp. 24 fr. 3 § 3—14 h. t. ist ein einziger Beweis für die Formelmässigkeit jener Beziehung.

Schliesslich erübrigt noch ein Hauptargument für unsere Formelconception: sie und nur sie ist geeignet, das vielbesprochene Rätsel zu lösen, warum als das für die Zuständigkeit unserer actio Entscheidende so energisch in den Quellen das Interesse des Klägers an der Exhibition hervorgehoben wird[1]). Rudorff hat sich durch diese Quellenäusserungen bestimmen lassen, für unsere actio eine intentio „Quantae pecuniae paret A[1] A[1] interesse" zu erfinden[2]). Das steht in directem Widerspruch nicht nur mit dem oben angeführten Berichte des Gaius IV 51, sondern ebenso sehr mit den Digestenstellen selbst, auf die sich Rudorff beruft, namentlich mit fr. 3 § 9 h. t., wo es heisst:

> Sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, uerum ei quoque cuius interest exhiberi.

Diese Bemerkung, zumal das ei quoque, wäre doch mehr als bloss trivial, wenn die Formel mit dicken Lettern an der Spitze trug: „quantae pecuniae paret interesse"[3]). Ganz anders, wenn man die Bemerkung auf unsere Formel bezieht. Diese basirt auf dem „quidquid exhiberi oportet, ut A[s] A[s] .... recte experiri possit". Dabei ist offenbar zunächst an den Fall gedacht, dass die actio ad exhibendum zum Zweck einer wirklich beabsichtigten Vindication oder sonstigen Hauptklage erhoben wird, und diesen Fall stellt auch Ulpian in seinem Commentar voraus[4]). Aber demonstratio und intentio deckten nicht diesen Fall allein. Auch wer nicht zu vindiciren beabsichtigt, kann doch Eigentum haben und behaupten und verlangt nichts Unsinniges, wenn er verlangt, dass ihm so exhibirt werde, als ob er zu vindiciren beabsichtige: quidquid exhiberi oportet, ut eo nomine recte experiri possit. Man denke z. B. an eine im Eigentum oder Miteigentum des Klägers befindliche Urkunde, die dieser bloss einzusehen wünscht. Diese Weite der Formel war denn auch den römischen Juristen gar nicht unbequem: sie gewährte die Möglichkeit, unsere actio zu einer Reihe nützlicher Functionen zu verwenden, die ihrem ursprünglichen Zweck fernlagen. Und so sagen denn die Römer, die äusserste dem Exhibitionsanspruch in der Formel gezogene Grenze sei lediglich das Interesse des Klägers an der Exhibition (das quanti ea res erit

1) Vgl. namentlich fr. 13, 19, fr. 3 § 9—12 h. t.

2) Vgl. auch Brinz, Pand. (1. Aufl.) I S. 463.

3) Vgl. gegen Rudorff: Demelius, a. a. O. S. 11 fgg.

4) Ulp. 24 fr. 3 § 3—8 h. t. Demelius, a. a. O. S. 36 stellt mit Rücksicht hieraus in seine Formel als res qua de agitur: „hominem Stichum, quem A[s] A[s] uindicaturus est." Aber der römische Geschworene hätte allwissend sein müssen, um zu erkennen, ob er in dem Kläger wirklich und nicht bloss angeblich einen „uindicaturus" vor sich habe. Ueberdies hätte aber nach Demelius' Fassung in vielen Fällen absolvirt werden müssen, wo nachweislich (s. den Text) condemnirt worden ist.

der condemnatio): ad exhibendum könne nicht bloss derjenige klagen, der zu vindiciren oder eine sonstige Hauptklage zu erheben beabsichtige, sondern auch der, aber auch nur der, welcher in Ermanglung solcher Absicht gleichwohl ein pecuniäres[1]) Interesse daran habe, dass ihm so exhibirt werde, als ob er jene Absicht hätte, „is quoque cuius interest exhiberi", wie Ulpian sagt[2]). Doch freilich, wenn man rücksichtslos die Consequenzen dieser Interpretation zog, so hätte Jeder, der ein Interesse, sei es auch ein des rechtlichen Schutzes ganz unwürdiges Interesse an der Exhibition einer Sache hatte, den Inhaber mit Exhibitionsklagen überfallen können: er hätte nur, wie es die demonstratio verlangte, zu sagen brauchen, dass er Eigentümer der Sache sei oder sonst einen Rechtsanspruch an oder auf sie habe, — wenn auch ohne irgend einen Gedanken an den Beweis dieser Behauptung, ja ohne den Glauben an ihre Wahrheit, — und die Voraussetzungen, die die Formel nach strengem Wortverstande aufstellte, wären erfüllt gewesen. [Dass dem wirklich so war, dass die wörtlich interpretirte Formel gegen diese Art des Missbrauchs keinen Schutz bot, zeigt deutlich Paul. fr. 19 h. t., wo sich der Jurist gegen jenes Bedenken lediglich durch eine deductio ad absurdum zu helfen weiss:

> nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere sua interesse illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset.

Also nicht die Formel ist's, was diesen Interpretationsversuch verbietet, sondern lediglich dessen eigene Unvernünftigkeit: das Erforderniss des Interesse wird dem Juristen unmerklich zum Erforderniss des „rechtlichen Interesse".] Eine wirksame Schranke konnte man hienach gegen Missbrauch nur mit Hilfe des officium iudicis ziehen, und in der Tat hat man nachweislich diesen Weg beschritten. Man legte dem iudex die Pflicht auf, zu prüfen, nicht bloss ob Kläger eventuell irgend eine Hauptklage erheben könne, was sich ja, wofern Kläger nur die gehörige Keckheit in Behauptungen hatte, von selbst verstand, sondern auch weiter, ob seine Rechtsbehauptung nicht eine rein frivole sei:

> an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.

Kläger muss, wenn auch nicht das mit der Hauptklage zu verfolgende Recht selber[3]), so doch so viel nachweisen, dass die Hauptklage, wenn er sie erheben würde, von ihm aus gerechtem Grunde erhoben würde, kein bloss chicanöses Unternehmen wäre.

Man sieht, wie unsere Formel nach allen Seiten die Probe besteht.

1) Fr. 13 h. t.

2) Ulpian denkt hiebei zunächst nur an den Fall, wo Kläger die Vindication hat und sie nur nicht zu erheben beabsichtigt. Darum fährt er in fr. 3 § 10 fort: Plus dicit Julianus, etsi uindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi.

3) Cf. fr. 3 § 9 h. t.

Tit. XVI.

DE RELIGIOSIS ET SUMPTIBUS FUNERUM[1]).

Ulp. 25, Paul. 27, Gai. 19[2]), Julian. 10.
Der Titel zerfällt in vier oder genauer sechs Edicte (s. § 91).

§ 91. *SI QUIS MORTUUM*[3]) *IN LOCUM ALTERIUS*[4]) *INTULERIT UEL INFERRE CURAUERIT.*

Ulp. 25[5]), Paul. 27[6]), Gai. 19[7]).
Ulp. 25 fr. 2 § 2 h. t.:

> Praetor ait: SIUE[8]) HOMO MORTUUS OSSAUE HOMINIS MORTUI IN LOCUM PURUM[9]) ALTERIUS AUT IN ID SEPULCHRUM[10]), IN QUO IUS NON FUERIT[11]), ILLATA[12]) ESSE DICENTUR . qui hoc fecit, in factum actione tenetur et poena pecuniaria subicietur.

Ueber den Gegenstand der actio meldet Gai. 19 fr. 7 pr. h. t.:

> Is qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id quod intulit aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem, quae tam heredi quam in heredem competit et perpetua est.

Ulpian berichtet (s. oben) neben dieser reipersecutorischen Klage noch von einer poena pecuniaria. Was es mit dieser für eine Bewandtniss hat, wissen wir nicht. Vielleicht war die Klage verschieden gefasst, je nachdem der Begräbnissort im Eigentum des Klägers stand — des Gaius locus alienus — oder ein sepulchrum war. Vielleicht auch hatte Ulpian, dem vermutlich die Compilatoren ziemlich viel weggestrichen haben, eine extraordinaria coercitio — arg. fr. 8 § 2 h. t. — im Auge oder, was noch wahrscheinlicher, die uns aus zahlreichen Inschriften bekannten, von den Privaten autonom festgesetzten Sepulchralmulten[13]), die gerade auch den Fall des Missbrauchs der sepulchra durch Unbefugte zu bedrohen pflegten[14]).

Nach Abschluss des Commentars zu dem oben angeführten Edict finden wir bei Ulpian zunächst Bericht über zwei weitere actiones in factum, Ulp. 25 fr. 8 § 1. 2 h. t.:

1) D. (11. 7), C. (3. 44).

2) Vgl. oben S. 6 fg.

3) Ulp. 25 fr. 2 pr. h. t.

4) Ulp. 25 fr. 2 § 1 h. t. Nimmt man an, dass Ulpian in fr. 2 pr. § 1 Bemerkungen zur Rubrik des Edicts macht, so versteht man sofort, warum diese Bemerkungen dem Citat des Edicts selbst — fr. 2 § 2 — voraufgehen. Anders Mommsen ad h. l., der annimmt, es seien fr. 2 pr. § 1 durch die Compilatoren (aus welchem Grunde?) von ihrem ursprünglichen Orte vorgeschoben worden.

5) Fr. 2, 4, 6, 8 pr.—§ 4 h. t., fr. 7. de D. R. (1. 8) = fr. 6 i. f. h. t., fr. 38 de V. S. (50. 16). Die letzte Stelle bespricht den Begriff ostentum, wahrscheinlich desshalb, weil der Ort, wo ein ostentum beigesetzt wurde, nicht religios wurde.

6) Fr. 3 h. t.

7) Fr. 5, 7 h. t.

8) Si? So die Vulgata. Indess ist auch siue erträglich. Anders und ganz willkürlich Heineccius, ed. perp. tit. 58.

9) Ulp. 25 fr. 2 § 4 h. t.

10) Ulp. 25 fr. 2 § 5. 6 h. t. (sepulchrum monumentumue?), Gai. 19 fr. 7 § 1 h. t.

11) Ulp. 25 fr. 2 § 7—9, fr. 4, 6 h. t., Paul. 27 fr. 3 h. t., Gai. 19 fr. 5 h. t.

12) Ulp. 25 fr. 2 § 3 h. t.

13) Vgl. über diese Huschke, Multa und Sacr. S. 315 fgg.

14) Belege bei Huschke, a. a. O. S. 316 n. 44.

> Si locus religiosus pro puro uenisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.
>
> (§ 2) Si in locum publicis usibus destinatum intulerit quis mortuum, praetor in eum iudicium dat, si dolo fecerit et erit[1]) extra ordinem plectendus, modica tamen coercitione: sed si sine dolo, absoluendus est.

Erst jetzt folgen in fr. 8 § 3. 4 Bemerkungen, die offenbar nicht auf diese Actionen, sondern auf die aus dem erstangeführten Edict (fr. 2 § 2 h. t.) erteilte Formel Bezug haben:

> In hac autem actione loci puri appellatio et ad aedificium producenda est. Nec solum domino haec actio competit, uerum ei quoque, qui eiusdem loci habet usum fructum uel aliquam seruitutem, quia ius prohibendi etiam hi habent.

Man möchte hienach auf den ersten Blick glauben, dass die in fr. 8 § 1. 2 erwähnten Rechtsmittel gar nicht im Edict proponirt gewesen seien, dass wir es vielmehr l. c. bloss mit zusätzlichen Bemerkungen des Juristen zu tun haben, und man könnte sich in dieser Annahme durch die Erwägung bestärkt fühlen, dass die Specialklage des fr. 8 § 1 an Orten, wo man eine Berücksichtigung derselben erwarten sollte[2]), auffallender Weise ignorirt wird, und dass ferner der Satz des fr. 8 § 1 als Edict aufgefasst zwischen dem Edict des fr. 2 § 2 und fr. 8 § 2 nicht recht an seinem Platze scheint. Indess dürfte sich das letztere Bedenken durch die Betrachtung erledigen, dass die Frage nach dem ius mortui inferendi auch die Frage nach der Bedeutung und den Folgen eines Verkaufs des locus religiosus nahe legte; und das erste Bedenken verliert dadurch an Kraft, dass in den angeführten Stellen ausser vom locus religiosus auch vom locus sacer und publicus die Rede ist, so dass eine besondere Rücksichtnahme gerade auf unsern Fall unnötig und weitläufig erscheinen mochte. Die Ausdrucksweise in fr. 8 § 1. 2 h. t. spricht sehr entschieden für die Annahme, dass wir es hier mit Referaten über Edictsclauseln zu tun haben, namentlich in § 1 das „si . . . . uenisse dicetur" und nachher das „actio . . . . competit". Ich halte daher dafür, dass beide Clauseln als ein Anhang an die erste angeschlossen waren und dass alle drei Formeln hinter ihnen zusammen proponirt waren. Eine Reconstruction der letztern ist mangels genügender Anhaltspunkte zu unterlassen.

§ 92. *SI QUIS MORTUUM INFERRE PROHIBITUS ESSE DICETUR.*

Ulp. 25[3]), Paul. 27[4]), Gai. 19[5]).

Ulp. 25 fr. 8 § 5 h. t.:

> Ei qui prohibitus est inferre in eum locum, quo ei ius inferendi esset, in factum actio competit . . . .

1) Mommsen schlägt wahrscheinlich richtig vor, zu lesen: „dat: si dolo fecerit, erit et".

2) Vgl. § 5 J. de empt. (3. 23), fr. 62 § 1 de contr. empt. (18. 1).

3) Fr. 8 § 5, fr. 10, 12 pr. h. t.

4) Fr. 11 h. t., fr. 4 quemadm. seru. (8. 6).

5) Fr. 9 h. t.

Gai. 19 fr. 9 h. t.:

> .... per quam consequetur actor quanti eius interfuerit prohibitum non esse ....

§ 93. DE SEPULCHRO UIOLATO[1]).

Ulp. 25[2]), Paul. 27[3]), Julian. 10[4]).

Die Stellung dieses Edicts (anders bei **Rudorff**, **Bruns** u. A.) ergibt sich mir aus der Tatsache, dass zwischen fr. 12 pr. de relig., der letzten zum Edict des § 92 gehörigen Stelle, und fr. 12 § 2 eod., wo die Erörterung des Edicts de sumptibus funerum beginnt, eine Bemerkung steht, die ihrem Inhalt nach auf das Edict de sepulchro uiolato hinweist. Vgl. mit fr. 12 § 1 de relig. Paul. sent. I 21 § 12.

Den Wortlaut des Edicts de sep. uiol. teilt Ulp. 25 fr. 3 pr. h. t. mit:

> Praetor ait: CUIUS DOLO MALO[5]) SEPULCHRUM[6]) UIOLATUM[7]) ESSE DICETUR, IN EUM IN FACTUM IUDICIUM DABO, UT EI, AD QUEM PERTINEAT, QUANTI OB EAM REM AEQUUM UIDEBITUR, CONDEMNETUR[8]). SI NEMO ERIT AD QUEM PERTINEAT SIUE AGERE NOLET: QUICUMQUE AGERE UOLET[9]), EI CENTUM *MILIUM SESTERTIORUM*[10]) ACTIONEM DABO. SI PLURES AGERE UOLENT, CUIUS IUSTISSIMA CAUSA ESSE UIDEBITUR, EI AGENDI POTESTATEM FACIAM. SI QUIS IN SEPULCHRO DOLO MALO HABITAUERIT AEDIFICIUMUE ALIUD, QUAM *QUOD*[11]) SEPULCHRI CAUSA FACTUM SIT, HABUERIT, IN EUM, SI QUIS EO NOMINE AGERE UOLET[12]), DUCENTORUM *MILIUM SESTERTIORUM*[13]) IUDICIUM DABO.

Schwerlich Zusatz zu diesem Edict, sondern wohl blosse Interpretation seiner Worte ist es, was Ulp. 25 fr. 3 § 11 h. t. berichtet:

> Si seruus in sepulchro habitat uel aedificauit, noxalis actio cessat et in eum praetor hanc actionem pollicetur[14]) .....

Die Formel der actio de sep. uiol. war in bonum et aequum concipirt[15]), d. h. die condemnatio lautete nach Massgabe des Edicts wahrscheinlich: „quanti ob eam rem aequum tibi uidebitur N^m^ N^m^ A° A° condemnari". Im Uebrigen haben wir für die Reconstruction keine Anhaltspunkte: vermutlich war die Formel blosse Umschreibung des Edicts. Der Schluss aus dem „qui iudicant" in fr. 3 § 8 h. t. auf iudicium recuperatorium[16]) scheint mir unsicher.

1) D. (47. 12), C. (9. 19).

2) Fr. 3 h. t., fr. 6 de popul. act. (47. 23), fr. 12 § 1 de relig. (11. 7). Fr. 16 de a. u. o. h. (29. 2) falsch Ulp. 24 inscribirt? Cf. fr. 10 h. t.

3) Fr. 4 h. t., fr. 43 de R. V. (6. 1), fr. 27 de iniur. (47. 10).

4) Fr. 6 h. t.

5) Ulp. 25 fr. 3 § 1 h. t.

6) Ulp. 25 fr. 3 § 2 h. t., Paul. 27 fr. 4 h. t., fr. 43 de R. V. (6. 1), fr. 27 de iniur. (47. 10).

7) Ulp. 25 fr. 3 § 3—5 h. t. Hieher auch fr. 12 § 1 de relig. (11. 7).

8) Ulp. 25 fr. 3 § 8—10 h. t., Julian. 10 fr. 6 h. t.

9) Ulp. 25 fr. 6 de pop. act. (47. 23).

10) D. aureorum.

11) *Flor.* quamque.

12) Ulp. 25 fr. 3 § 6 h. t. Diese Stelle gehört übrigens wahrscheinlich in den Commentar zum ersten Satz des Edicts, wo sie den Gegensatz hervorhebt; dies folgt aus ihrem Platze. Vgl. Ulp. 25 fr. 3 § 12 h. t.

13) D. aureorum.

14) Vgl. über den Sinn dieses „in seruum actionem dare": Cuiac. obs. XXI c. 40.

15) Papin. fr. 10 h. t.

16) So **Rudorff**, E. P. § 92.

§ 94. DE SUMPTIBUS FUNERUM[1]).

Ulp. 25[2]), Paul. 27[3]), Gai. 19[4]), Julian. 10[5]).

Ulp. 25 fr. 12 § 2 h. t.:

> Praetor ait: QUOD[6]) FUNERIS CAUSA SUMPTUS FACTUS ERIT[7]), EIUS RECIPERANDI NOMINE IN EUM, AD QUEM EA RES PERTINET, IUDICIUM DABO.

Der Commentar Ulpians zu diesem Edict umfasst fr. 12 § 3—6, fr. 14 pr.—§ 5 h. t. Er gilt nur zum Teil den Worten des Edicts[8]), handelt vielmehr in fr. 12 § 5. 6, fr. 14 pr.—§ 2 h. t. auch von der hier nur gelegentlich besprochenen Frage der Aufbringung der Begräbnisskosten. Bei fr. 14 § 6 beginnt markant die Erläuterung der Formel mit den Worten:

> Haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur.

Ueber dieselbe lässt sich Folgendes ermitteln.

1. Fr. 14 § 6: continet . . . . funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum. Ohne Zweifel ist damit der Inhalt der demonstratio gegeben, schwerlich aber die Worte; namentlich ist sehr unwahrscheinlich, dass, wie Rudorff E. P. § 91 annimmt, das Edictswort sumptus in der Formel durch impensa vertreten gewesen.

2. Die actio war in aequum concipirt. Das wird zwar von Savigny[9]) energisch bestritten und auch von Karlowa[10]) wenigstens zweifelhaft gelassen, ist aber gleichwohl sicher. Der einzige Grund, den man dagegen anführt, liegt in der Tatsache, dass das Edict, das die actio verheisst, diese Conception nicht erraten lässt. Allein dieser Grund ist ein Grund nur unter der Voraussetzung, dass alle prätorischen Formeln lediglich Umschreibungen der zugehörigen Edictsworte gewesen seien: diese Voraussetzung trifft aber bei sehr vielen Edicten, namentlich den ältern, zu denen das unsere seiner Fassung nach gehört[11]), keineswegs zu[12]). Dass unsere Formel wirklich in aequum concipirt war, zeigen nicht nur die oben bereits citirten Worte Ulpians in fr. 14 § 6 h. t., sondern schlechthin beweisend ist folgende Aeusserung desselben, die fast unmittelbar auf jene Worte folgt:

> aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide . . . . .

Augenscheinlich liegt hier Formelauslegung vor. Auf die Formel haben wir notwendig weiter zu beziehen fr. 14 § 13 i. f.:

1) D. (11. 7), C. (3. 44) de religiosis et sumptibus funerum.

2) Fr. 12 § 2—ult., fr. 14, 16, 20, 22, 24, 27, 31 h. t., fr. 50 de euict. (21. 2) cf. fr. 12 § 6 h. t., fr. 137 de R. J. cf. fr. 14 § 1 h. t.

3) Fr. 21, 23, 25, 32 h. t., fr. 138 pr. de R. J. cf. Jac. Gothofredus in h. l. (opp. min. Lugd. Bat. 1733 c. 1090); fr. 138 § 1 halte ich für blosse Nebenbemerkung (analoge Frage).

4) Fr. 13, 29 h. t.

5) Fr. 18 h. t.

6) Qui?

7) G. Dietzel, de act. funer. comm. (1853) p. 30 interpungirt: *Quod funeris causa sumptus factus erit eius reciperandi nomine* (i. e. animo recipiendi), *in eum* et rel. Ein m. E. durchaus unmöglicher Vorschlag.

8) Funeris causa sumptus factus: fr. 14 § 3—5. Zu „eum, ad quem ea res pertinet“ etwa fr. 12 § 4 h. t.

9) System II S. 95 n. i.

10) Das Rechtsgeschäft (1877) S. 153.

11) Dernburg in den Festgaben f. Heffter S. 110.

12) Man vergleiche beispielsweise die Edicte de iniuriis mit der zweifellos in bonum et aequum concipirten Injurienklage.

et generaliter puto iudicem . . . . . solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget[1]).

Eine, wenn ich so sagen darf, in ius aequum concipirte intentio war denn auch bei unserer actio gar nicht zu entbehren. Die Pflicht zum Ersatz der Begräbnisskosten hat eine Reihe dem Billigkeitsrecht entnommener Voraussetzungen, die in der Formel nicht namhaft gemacht waren und kaum namhaft gemacht sein konnten. Zunächst ist die Ersatzpflicht auf das angemessene Mass von Begräbnissaufwand beschränkt; dass die Formel darüber nichts ausdrückliches enthielt, beweist das oben angeführte fr. 14 § 6 h. t.:

aequum autem accipitur ex dignitate eius etc.

Weiter ist nur der animo recipiendi gemachte Aufwand zu ersetzen. Rudorff nimmt daher in seine demonstratio die Worte auf „(quam impensam A^s A^s) sumptus recuperandi animo (fecit)"; in der echten Formel stand nichts dergleichen: sonst würde sich Ulpian in fr. 14 § 7 auf diese und nicht auf ein Kaiserrescript berufen. Ferner ist nach fr. 14 § 10, wenn das Begräbniss in schmählich dürftiger Weise besorgt worden, der Aufwand überhaupt nicht zu ersetzen. Endlich ist, wenn das Begräbniss wider Verbot des Erben erfolgte, nach fr. 14 § 13 die actio funeraria ausgeschlossen, wenn nicht besondere Billigkeitsgründe für ihre Zulassung vorliegen. Von alledem war in der Formel mit keinem Wort die Rede; alle diese Rechtssätze sind aber gedeckt, wenn man etwa folgende Formel annimmt:

Quod A^s A^s in funus L. Titii sumptum fecit[2]), *q. d. r. a.*[3]), *quantae pecuniae aequum tibi uidebitur N^m N^m ei eo nomine*[4]) *condemnari, tantam pecuniam, iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

In der so gefassten Formel war es auch nicht nötig, das Verhältniss zu bezeichnen, auf Grund dessen die Ersatzpflicht des Beklagten behauptet wird: auch darüber entschied die aequitas. Die Reihenfolge der Ulpianschen Erörterungen führt zu der Annahme, dass der Jurist die Frage nach dem rechten Beklagten gelegentlich der Formelworte „N^m N^m" erledigte: wir finden die betreffenden Rechtssätze am Schlusse des Commentars in fr. 14 § 17[5]), fr. 16, 20, 22, 24, 27, 31 pr. h. t.

1) Vgl. fr. 14 § 10 h. t.: iudicem qui de ea aequitate cognoscit. Fr. 14 § 13 v.: nonne aequum est. Fr. 14 § 15 v.: lucrari enim heredem iniquum est. Fr. 16 v.: aequissimum enim uisum est.

2) Vgl. Ulp. 25 fr. 14 § 7 h. t.: sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit.

3) Da der Begriff „funeris causa sumptus factus" von Ulpian bereits gelegentlich der Erläuterung des Edicts erörtert wurde (fr. 14 § 3—5), so gilt sein Commentar zur Formel (von fr. 14 § 6 ab) ausschliesslich dem auf die demonstratio folgenden Teil derselben.

4) Vgl. die Edictsworte „eius reciperandi nomine". Ferner fr. 14 § 6 h. t. v. „sumptus nomine".

5) Nach fr. 14 § 17 „datur haec actio aduersus eos ad quos funus pertinet". Möglich, dass in der Formel zu N^m N^m hinzugefügt war „ad quem ea res pertinet". Dagegen wird man sich die Sache keinesfalls so vorstellen dürfen, als habe sich der Prätor principiell selber die Cognition darüber vorbehalten, ob das Ersatzbegehren in hypothesi berechtigt sei. Sehr wohl vereinbar ist hiemit, dass tatsächlich die Frage, ob Beklagter in einem zum Ersatz verpflichtenden Verhältniss stehe, sehr oft schon in iure zur Sprache gekommen und vom Prätor durch datio oder denegatio actionis entschieden worden sein wird (das dat praetor in fr. 16 h. t. wird aber auf Rechnung der Compilatoren zu setzen sein: bei Ulpian schloss sich fr. 16 direct an fr. 14 § 17 an).

Tit. XVII.

DE REBUS CREDITIS[1]).

Ulp. 26—28, Paul. 28. 29, Gai. 9, Julian. 10. 11.

Ulp. 26 fr. 1 § 1 h. t.:

> Quoniam igitur multa ad contractus uarios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit[2]).

Ulp. eod.:

> credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit.

Durch die ausdrückliche Nennung des Commodats und Pignus in der eben angeführten Stelle wird es gewiss, dass die im Album erst erheblich später folgenden actiones depositi, fiduciae u. s. w. nicht mehr unter dem Titel de rebus creditis standen. Die zwischen der actio pigneraticia und depositi eingeschobenen Edicte über die s. g. adjecticischen Klagen verdanken diese Stellung ohne Zweifel der Auffassung als Anhang zu dem Titel de rebus creditis. Ob sie im Edict unter besonderem Titel standen oder nicht, ist eine Frage von untergeordneter Bedeutung. Ich halte ersteres aber desshalb für das Wahrscheinlichere, weil sonst Ulpian doch wohl in fr. 1 § 1 cit. auch auf diese Edicte hingewiesen haben würde.

§ 95. SI CERTUM PETETUR[3]).

Ulp. 26[4]). 27[5]), Paul. 28[6]), Gai. 9[7]), Julian. 10[8]).

Die Rubrik Si certum petetur umfasst vier Stücke: die Formel der condictio certae pecuniae, die zugehörige sponsio et restipulatio tertiae partis, das Edict über die Eideszuschiebung, endlich auch die Formel der condictio triticaria. Die letzte Behauptung wird Widerspruch erregen; denn das Gegenteil scheint zu folgen aus Ulp. 27 fr. 1 pr. de cond. trit. (13. 3):

> Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur „si certum petetur“: qui autem alias res, per triticariam condictionem petet.

Allein ich halte es für zweifellos, dass wir es hier mit einer Interpolation zu tun haben. Wie sollte der Prätor dazu gekommen sein, die condictio triticaria,

1) D. (12. 1), C. (4. 1), Paul. sent. II 1.

2) Vgl. Fr. Vat. 266 inscr.: Ulpianus libro I ad edictum de rebus creditis = Ulp. 26 ad edictum fr. 26 § 3 de cond. indeb. (12. 6). Vgl. oben S. 112.

3) D. (12. 1) de rebus creditis, si certum petetur et de condictione. C. (4. 2). C. Gregor. (3. 12). C. Theod. (2. 27), (2. 29).

4) Fr. 1, 7, 9, 11, 13 h. t., fr. 18, 19, 23, 25, 34 de iureiur. (12. 2), fr. 1, 3 de cond. c. d. (12. 4), fr. 2, 4 de cond. ob turp. c. (12. 5), fr. 1, 26 de cond. indeb. (12. 6), fr. 51 de pact. (2. 14), fr. 61 de iudic. (5. 1), fr. 7 de usu et usuf. (33. 2), fr. 48 de V. O. (45. 1), fr. 41 de R. J. (50. 17); fr. 8 de cess. bon. (42. 3)?

5) Fr. 1, 3 de cond. trit. (13. 3), fr. 8 de cond. furt. (13. 1).

6) Fr. 2, 6 h. t., fr. 24, 35 de iureiur. (12. 2).

7) Fr. 4 de cond. trit. (13. 3), fr. 42 de R. J. cf. Paul. sent. II 1 § 4.

8) Fr. 19 h. t., fr. 39 de iureiur. (12. 2), fr. 11 de cond. c. d. c. n. s. (12. 4), fr. 20, 32 de cond. indeb. (12. 6). Cit. fr. 9 § 8 h. t., fr. 18, 34 § 3 de iureiur. (12. 2), fr. 26 § 7. 12 de cond. indeb. (12. 6).

d. i. certae rei (s. u. unter 4.) von der Rubrik si certum petetur auszuscheiden, da doch die certa res im Gebiet der Condictionen[1]) unbestritten als certum gilt und schon der Gegensatz der condictio incerti und der actio incerti ex stipulatu[2]) die Einbegreifung der condictio certae rei unter den Begriff condictio certi fordert. Dazu kommt, dass Paul. 28 fr. 6 h. t., der den Begriff certum mit offenbarer Rücksicht gerade auf die Rubrik „si certum petetur" erörtert, seiner Definition nach darunter ebenso die certa res wie die certa pecunia begreift[3]). Jene vereinzelte Stelle kann daher unmöglich als genügender Beweis dafür gelten, dass das Edict hinsichtlich des certum petere einem Sprachgebrauch folgte, der von demjenigen der gesammten classischen Literatur abweichen würde. Vielmehr sind die Worte „si certum petetur" in fr. 1 pr. cit. ganz gewiss ein blosses Einschiebsel, das die Compilatoren an Stelle der von Ulpian an dieser Stelle angeführten Formel der condictio certae pecuniae setzten, ein Einschiebsel, dessen Ungenauigkeit vielleicht lediglich ihrer bei Interpolationen so oft zu beobachtenden, an Lüderlichkeit grenzenden Raschheit zuzuschreiben ist, vielleicht aber auch einem andern Grunde. Mir ist nämlich nicht nur das si certum petetur in fr. 1 pr. cit., mir ist die ganze condictio certi der Compilation verdächtig. Liest man Ulp. 26 fr. 9 h. t. im Zusammenhang, so kann man kaum zweifeln, dass mit der „certi condictio" in fr. 9 pr. § 3 nicht etwa die condictio certae pecuniae und certae rei zugleich umspannt sein soll, dass damit vielmehr einzig und allein die erstere gemeint ist, um so sicherer, als Ulpian im ganzen lib. 26 ex professo nur von der condictio certae pecuniae in ihren verschiedenen Anwendungen[4]) handelt. In der Tat ist dies die allgemeine Auffassung der Stelle. Ein solcher Sprachgebrauch wäre aber genau ebenso auffallend wie die „actio si certum petetur" in fr. 1 pr. de cond. tritic. Sehen wir uns nun nach dem sonstigen Sprachgebrauch um, so finden wir den Ausdruck certi condictio in der gesammten Justinianischen Compilation nur noch ein einziges Mal — in fr. 12 de nouat. (46. 2) —, den Ausdruck certum oder certi condicere zweimal — in fr. 28 § 4 de iureiur. (12. 2), fr. 17 § 2 de act. rer. amot. (25. 2) —, in der letztgenannten Stelle aber mit Bezug auf die condictio triticaria gebraucht. In den nicht überarbeiteten Schriften der classischen Juristen kommt weder die certi condictio noch das certum condicere vor, und eine ausschliessliche Beziehung auf

1) Anders im Gebiet der confessio in iure. Vgl. fr. 6 pr. § 1 de confess. (42. 2). Die Stelle darf nicht als Gegenbeweis gegen das Obige angeführt werden: die auf certa res gerichtete confessio steht der confessio incerti gleich, während die condictio certae rei einen Gegensatz zur condictio incerti bildet. Dies gegen Baron, die Condictionen S. 88.

2) Vgl. namentlich fr. 74 de V. O. (45. 1), fr. 24 h. t.: Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur. Bei dem certum hier bloss an die certa pecunia zu denken, scheint mir der Tatsache gegenüber, dass auch bei stipulatio certae rei die actio ex stipulatu nicht stattfindet, schlechterdings unmöglich. A. M. Baron, a. a. O. S. 127.

3) Vgl. hiezu auch Huschke, d. L. d. röm. Rts. vom Darlehen (1882) S. 211 fg.

4) Allgemeines: fr. 9 pr.—§ 3. Creditum: fr. 9 § 4—9, fr. 11, 13 h. t., fr. 48 de V. O. (45. 1), fr. 7 h. t. Condictio c. d. c. n. s.: fr. 1, 3 de cond. c. d. c. n. s. (12. 4). Ob turpem causa: fr. 2, 4 de cond. ob turp. c. (12. 5). Indebiti: fr. 1, 26 de cond. indeb. (12. 6), fr. 51 de pactis (2. 14), fr. 7 de usu et usuf. (33. 2) cf. fr. 26 § 12 de cond. indeb. (12. 6). Dass gelegentlich auch einmal Uebergriffe nach Seiten der condictio certae rei erfolgen — fr. 26 § 4. 5. 7 de cond. indeb. —, beweist natürlich nichts gegen die Behauptung im Text.

die condictio certae pecuniae verrät die „certi condictio“ überhaupt ausser in fr. 9 pr. § 3 cit. in keiner einzigen Stelle. Bei dieser Sachlage wird man zunächst so viel nicht bezweifeln können, dass der Ausdruck in diesem Sinne nicht dem allgemeinen technischen Sprachgebrauch der classischen Juristen angehörte. Wir wissen aber noch mehr: wir wissen, dass der eigentlich technische Name für die auf certa pecunia gerichtete condictio von den Zeiten Cäsars bis in die der letzten classischen Juristen ein anderer — nämlich actio certae creditae pecuniae — gewesen ist[1]), und diese Bezeichnung hinwiederum, die sich noch in zahlreichen Stellen der Compilation direct oder in Anklängen erhalten findet, vermissen wir merkwürdiger Weise gerade da, wo die condictio certae pecuniae ex professo behandelt wird. Sollte dies letztere ein blosser Zufall sein? Ich meinerseits kann mich der Ueberzeugung nicht erwehren, dass die Compilatoren auch in fr. 9 pr. § 3 h. t. die actio certae creditae pecuniae vorfanden und dass sie es waren, die diese Bezeichnung durch das unpassende „certi condictio“ ersetzten[2]), sei es desswegen, weil sie die alte Bezeichnung für das weite Anwendungsgebiet der Klage zu enge erachteten, sei es desswegen, weil sie es für angemessen hielten, mit den Privilegien der actio certae creditae pecuniae auch den Namen, an den sich die Erinnerung dieser Privilegien knüpfte, untergehen zu lassen. Dann aber wird die ungeschickte Interpolation in fr. 1 pr. de cond. trit. keiner Erklärung mehr bedürfen.

Haben wir den Gegensatz des certum in der Rubrik nicht in der certa res der condictio triticaria finden können, so fragt sich, wo wir ihn sonst zu suchen haben. Man möchte zunächst an die condictio incerti denken. Allein es findet sich in den erhaltenen Stücken der Commentare nicht die leiseste Spur davon, dass unter dem Titel de rebus creditis die condictio incerti ex professo behandelt worden wäre[3]), und in der Tat hat diese condictio in ihrer Anwendung mit dem creditum nicht das Geringste zu schaffen[4]). Ist von der condictio incerti abzusehen, so fällt der Blick auf die am Schluss des Titels de rebus creditis proponirte actio commodati und pigneraticia. Allein ich glaube nicht, dass diese beiden Rechtsmittel ihren Platz unter unserm Titel dem Umstand verdanken, dass hier incertum petitur: sonst würden wir ohne Zweifel noch manches andere bonae fidei iudicium, zumal die actio depositi und fiduciae hier finden. Umgekehrt, es wird die scharfe Bestimmtheit ihrer

1) L. Rubria c. 21, 22. Lex Julia munic. lin. 44. 45. Quinctil. IV 2 § 6, 61. VIII 3 § 14. XII 10 § 70. Seneca de benef. III 7, 1. Gai. IV 13. 171. Tryphon. fr. 12 § 1 de distr. pign. (20. 5), Scaeu. fr. 70 de procur. (3. 3), Papin. fr. 19 i. f. de instit. act. (14. 3), Gordian. c. 2 de nouat. (8. 41 [42]). Vgl. ferner Gai. IV 50, Pompon. fr. 8 de R. C. (12. 1), Scaeu. fr. 67 § 4 de cond. indeb. (12. 6), Afric. fr. 34 pr. mand. (17. 1), Paul. fr. 126 § 2 de V O. (45. 1), Alex. c. 5 de non num. pec. (4. 30). S. auch die weitern bei Voigt, Condictiones S. 259 n. 196, und bei Heimbach, Creditum S. 44 fg., angeff. Stellen.

2) Andere m. E. irrige Ansichten über das Verhältniss der beiden Ausdrücke bei Heimbach, a. a. O. S. 553 fgg., Voigt, a. a. O., Baron, a. a. O. S. 178 fg.

3) Möglich, dass in fr. 26 § 12 de cond. indeb. (12. 6) bei dem „posse condici, quanti operas essem conducturus“ an eine condictio incerti gedacht ist; möglich aber auch, dass dem Juristen dabei eine auf Selbsttaxation beruhende condictio certae pecuniae — fr. 9 pr. de R. C. (12. 1) — vorschwebt. Jedenfalls würde auch diese gelegentliche Erwähnung der condictio incerti nichts gegen das im Text behauptete verschlagen.

4) Ueber ihren wahrscheinlichen Platz im Edict: s. § 57.

formulae in factum conceptae, das „eamque rem redditam non esse" ihrer intentio und die darin hervortretende Verwandtschaft mit der condictio certae rei gewesen sein, was ihnen ihre Stelle im Album anwies[1]). Meine Ansicht ist daher die, dass bei der Rubrik si certum petetur überhaupt nicht an einen innerhalb des Titels de R. C. liegenden Gegensatz gedacht werden darf. Der Gegensatz des si certum petetur ist einfach das gesammte Gebiet des incertum petere. So wenig der Titel de R. C. selbst einen streng systematischen Gegensatz zu den nächstfolgenden Titeln bildet[2]), so wenig darf es Wunder nehmen, wenn wir innerhalb des Titels selbst Rubriken begegnen, zu denen die Gegensätze von aussen her zu holen sind. Die Systematik des Edicts ist überhaupt nicht derart, dass Inconcinnitäten solcher Art auffallen könnten.

1.

Die Formel der actio certae creditae pecuniae[3]) ist uns vollständig erhalten:

> IUDEX[4]) ESTO. S. P. N^m N^m A^o A^o SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE[5]), IUDEX, N^m N^m A^o A^o SESTERTIUM DECEM MILIA C. S. N. P. A.[6]).

Eine Bezeichnung der causa enthielt die Formel nicht[7]). Dass sie eine solche nicht enthalten musste, zeigt die ganze Darstellung Cicero's in der Rede pro Roscio com. c. 4 i. f. c. 5, zeigen die zahlreichen Stellen, wo die intentio als nackte angeführt wird — vgl. z. B. Gai. III 91, IV 4. 18. 33. 34. 41. 64. 86. 93 —, zeigt endlich auch der Umstand, dass die Frage, welche Ansprüche im concreten Fall vermöge der intentio certa in iudicium deducirt seien, den Gegenstand juristischer Erörterung bildet, vgl. Ulp. 26 — man achte auf die Inscription — fr. 61 pr. de iudic. (5. 1). Andererseits ist die Behauptung, dass die intentio die causa aufnehmen konnte, auch nicht durch eine einzige Stelle zu belegen. Man hat sich zum Beweis dafür auf Quinctil. IV 6, 2[8]), auf Gai. IV 55 und auf fr. 18 de O. et A. (44. 7) berufen, welch letztere beiden Stellen zwar unmittelbar nur die condictio triticaria betreffen, aber einen sichern Schluss auch für die actio c. c. p. gestatten würden. Allein Quintilian l. c. handelt offensichtlich durchaus nicht von der Gestalt der Formel, sondern von der Art und Weise, wie die Parteien ihre Behauptungen vorzutragen haben. Die beiden andern Stellen aber beweisen zwar, was im Entferntesten nicht bestritten werden soll, dass die actio ex

1) Vgl. S. 31.
2) Vgl. S. 27 fg.
3) Ueber Ulpians Commentar vgl. oben S. 185 n. 4.
4) L. Jul. munic. lin. 44. 45. Cic. pro Roscio com. c. 4 § 10. 11.
5) Gai. IV 41. 33.
6) Gai. IV 49. 50.
7) Hauptsächlich dem Nachweis dieser Tatsache ist Barons Buch „die Condictionen" gewidmet. Gegen die obige Annahme hat sich neuerdings Buhl in seiner Recension der Baron'schen Schrift (krit. Vjschr. XXIV S. 224 fg.) erklärt, dessen a. a. O. S. 234 fg. zusammengefasste Gegengründe mir aber nicht durchschlagend scheinen. Speziell der von Buhl betonten Gefahr einer Verkümmerung des Verteidigungsrechts durch die abstracte Klage war durch Restitution mit Leichtigkeit zu begegnen (s. Buhl selbst a. a. O. S. 231), und was die von ihm hervorgehobene Schwierigkeit in der Durchführung der prozessualen Consumtion betrifft, so haben sich, wie im Text gezeigt, mit der Beseitigung dieser Schwierigkeit die Römer selbst beschäftigt.
8) Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione.

testamento auf „ex testamento dari oportere" intendirte[1]), keineswegs aber, dass auch die auf Grund einer stipulatio certi erhobene actio certae creditae pecuniae die causa nannte[2]).

2.

Gai. IV 171:

... ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, ueluti de pecunia certa credita ..... tertiae partis.

Gai. IV 13:

... periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem qua periclitatur reus si temere neget, (*et*) restipulationem qua periclitatur actor si non debitum petat.

Vgl. Gai. IV 180. 181. Cic. pro Roscio com. c. 4 § 10, c. 5 § 14. L. Rubria c. 21.

In die Digesten ist nur eine Stelle aus den Commentaren übergegangen, die auf diese sponsio sichern Bezug hat: Ulp. 26 fr. 41 pr. de R. J. (50. 17) rechtfertigt den Restipulationszwang mit folgenden Worten:

Non debet actori licere quod reo non permittitur.

Vielleicht ist auch in fr. 41 § 1 eod.:

In re obscura melius est fauere repetitioni quam aduenticio lucro

mit den letzten Worten die Sponsionssumme gemeint, wobei aber der nähere Zusammenhang dahingestellt bleiben muss.

Die Sponsionen lauten bei Rudorff (E. P. § 93)[3]):

Si pecuniam certam creditam, q. d. a., mihi debes, eam pecuniam cum tertia parte amplius dare spondes?

Si pecuniam certam creditam, q. d. a., non debitam a me petiueris, eius pecuniae tertiam partem dare spondes?

Diese Vorschläge sind in jeder Beziehung unannehmbar. Nicht das Schuldig- oder Nichtschuldigsein war die gesetzte Bedingung der Sponsion, sondern der Sieg oder das Unterliegen im Rechtsstreit[4]): also etwa „si secundum me iuditum erit"[5]). Die Sponsionssumme aber wird in allen Stellen, die von ihr handeln, übereinstimmend als Teil der eingeklagten Summe bezeichnet[6]) — sponsio tertiae partis, legitimae partis —: es geht also nicht an, sie auf eam pecuniam cum tertia parte zu stellen. Sie ist eine reine Poenalsponsion.

3.

Das Edict über den Eid[7]) bezog sich ohne Zweifel ursprünglich — später hat die Jurisprudenz es ausgedehnt, vgl. Ulp. 26 fr. 34 pr. de iureiur. (12. 2)

1) Vgl. § 170.

2) Vgl. auch Baron, a. a. O. S. 127 fgg.

3) Der Sache nach übereinstimmend mit Rudorff sind die Vorschläge Puntscharts, grundges. Civilrecht der Römer S. 191.

4) Vgl. Gai. IV 180 v. „si causam non tenuerit". S. auch Zimmern, C. Pr. S. 170, Baron, a. a. O. S. 183.

5) Cic. pro Roscio com. c. 5 § 14. 15.

6) Auch bei Cic. pro Roscio com. c. 5 § 14 muss es heissen: pecunia petita est certa, cuius tertia parte sponsio facta est. Die handschriftliche Lesart „cum" statt „cuius", worauf Rudorffs Reconstruction zu fussen scheint, ist schon aus stilistischen Gründen nicht zu halten. „Cuius" (Huschke) hat auch Kayser acceptirt.

7) Ulp. 26 fr. 18, 19, 23, 25, 34 de iureiur. (12. 2); fr. 8 de cess. bon. (42. 3)? Paul. 28 fr. 24, 35 eod., Gai. 9 fr. 42 de R. J. (50. 17), Julian. 10 fr. 39 de iureiur. (12. 2), cit. fr. 18, 34 § 3 eod. Vgl. Paul. sent. II 1 § 1—4.

— lediglich auf die pecunia certa credita[1]). Ein Teil seines Wortlauts ist bei Ulp. 26 fr. 34 § 6 de iureiur. (12. 2) erhalten:

Ait praetor: EUM, A QUO IUSIURANDUM PETETUR, SOLUERE AUT IURARE COGAM.

Es ist das nicht etwa der ganze Wortlaut, wie schon aus der Stellung inmitten des Commentars hervorgeht. Das Edict dürfte vorher noch der Tatsache der Delation Erwähnung getan haben: denn mit den Fragen, worüber, von wem, wem, unter welchen vom Kläger zu erfüllenden Voraussetzungen der Eid deferirt werden könne und von wem im Streitfall dessen Fassung auszugehen habe, beschäftigt sich Ulpian in fr. 34 pr.—§ 5 und fr. 18 eod. und Paul. 28 in fr. 35 pr. § 1 eod. Weiterhin aber war zweifellos — Ulp. 26 fr. 34 § 7. 8 eod. — auch der facultas referendi gedacht und die Folgen der Ableistung, Erlassung oder Verweigerung des referirten Eids geordnet. Vgl. Diocl. et Maxim. c. 9 de R. C. (4. 1)[2]):

Delata condicione iurisiurandi reus (si non per actorem, quo minus de calumnia iuret[3]), steterit) per iudicem soluere uel iurare, nisi referat iusiurandum, necesse habet.

Hiemit nun ist der nachweisbare Inhalt des Edicts erschöpft. Rudorff (E. P. § 94) zieht noch zwei Stücke hieher. Einmal die Anordnung der actio auf Grund geleisteten Eids: dass diese nicht hieher gehört, ergibt sich aus dem in § 54 Ausgeführten, wie auch aus dem Mangel entsprechender Erörterungen in den zu unserm Edict gehörigen Commentaren. Zweitens das bei Gell. N. A. X 15 § 31 überlieferte Edictstück:

Sacerdotem Vestalem et flaminem Dialem in omni mea iuris dictione iurare non cogam.

Dass diese Clausel zu unserm Edict gehört, halte auch ich für nicht unwahrscheinlich: sowohl wegen der Form „non cogam", wie auch desswegen, weil ich unser Edict für das älteste unter den auf den Eid bezüglichen halte. Das „in omni mea iuris dictione" könnte dann Einschiebung eines spätern Prätors sein, der der Ausnahme allgemeine Beziehung geben wollte. Von Gewissheit ist trotz alledem selbstverständlich keine Rede.

Was die Art und Weise des wider den Beklagten geübten prätorischen Zwangs betrifft, so kann nur an die allgemeinen Executionsmittel gedacht werden[4]): wer weder zahlt noch schwört, fällt unter den Begriff „qui non uti oportet se defendit"[5]).

4.

Die condictio triticaria[6]) ist identisch mit der condictio certae rei. Die Ansicht Savigny's[7]), dass der Name zugleich auch die condictio incerti

1) Vgl. Plaut. Curc. IV 2, 10, Persa IV 3, 9, Rudens prol. 14. Sallust. Catil. c. 25. Isidor. orig. V, 26 § 21.
2) Vgl. auch Paul. sent. II 1 § 2. 3.
3) Ulp. 26 fr. 34 § 4 de iureiur., Paul. sent. II 1 § 2.
4) Namentlich nicht an Einsetzung eines iudicium. Fr. 34 § 9 de iureiur. bezieht sich auf den Fall eines erst in iudicio zugeschobenen Eids.
5) Vgl. auch Paul. sent. II 1 § 5. Es tritt hienach also missio in bona ein und zwar ohne dass dem Beklagten cessio bonorum gestattet wäre: hieher Ulp. 26 fr. 8 de cess. bon. (42. 3).
6) Ulp. 27 fr. 1, 3 de cond. trit. (13. 3), fr. 8 de cond. furt. (13. 1). Gai. 9 fr. 4 eod. Paul. 28 fr. 2, 6 de R. C. scheint actio certae cred. pec. und cond. trit. in gewissem Umfang zusammengefasst zu haben.
7) System V S. 626 fgg.

umfasse, ist durchaus unhaltbar. Das Argument, das **Savigny** für seine Behauptung aus fr. 1 pr. de cond. trit. (13. 3) zog, ist schon durch **Rudorffs** wahrscheinlich richtige Auslegung dieser Stelle[1]) beseitigt; selbst aber, wenn man diese Auslegung verwerfen müsste, würde das Fragment nur so viel beweisen, dass Ulpian in dem Augenblick, wo er es schrieb, an einer auf „fundum uectigalem dari oportere“[2]) und „usumfructum dari oportere“ gestellten intentio keinen Anstoss nahm. Beides wäre in keiner Weise zu verwundern: dare bezeichnet nicht bloss die Eigentumsverschaffung, sondern die Rechtsverschaffung überhaupt. Usumfructum (uiam) dari kommt vor als Gegenstand von Damnationslegat und Stipulation[3]), usumfructum dari oportere als Wortlaut eines Eids[4]), iter dari oportere direct als Inhalt einer intentio certa[5]). Es liegt also in dem Wort nichts, was seine Anwendung auf den fundus uectigalis[6]), wofern nur die Eigentümlichkeit des Rechtsverhältnisses in der Formel kenntlich gemacht wurde, noch auch auf den ususfructus verboten hätte[7]). Auch wissen wir aus fr. 75 § 3 de V. O. (45. 1) durch Ulpian selbst, dass die Ansicht, man könne „usumfructum dari oportere“ intendiren, in der römischen Jurisprudenz vertreten war. Dass er dort die entgegengesetzte Ansicht als die herrschende bezeichnet, schliesst, zumal bei einem Compilator wie er es war, keineswegs aus, dass er an anderm Orte die intentio „usumfructum dari oportere“ als möglich hinstellt. Noch viel weniger als fr. 1 pr. cit. beweist fr. 2 eod. für **Savigny**, auf welche Stelle sich dieser ebenfalls beruft. In diesem Fragment ist neben einer condictio fundi von einer condictio possessionis die Rede, letzteres nach fr. 75 § 7 de V. O. (45. 1) ein Fall des incertum petere. Allein dass diese condictio possessionis eine condictio triticaria sei, sagt die Stelle nicht; **Savigny** schliesst dies lediglich daraus, dass sie unter dem Titel de condictione triticaria steht; aber dieser Schluss verliert alle Kraft durch die Erwägung, dass in fr. 2 cit. an erster Stelle die condictio fundi ipsius erwähnt ist, ein sicherer Fall der condictio triticaria, der die Rubricirung völlig befriedigend erklärt[8]). Sind **Savigny's** Argumente nicht beweiskräftig, so darf schliesslich gegen ihn darauf hingewiesen werden, wie unnatürlich es wäre, wenn die Römer den **ursprünglich** doch unzweifelhaft auf die condictio certae rei beschränkten Namen, „condictio triticaria“ auf die so grundverschieden construirte und so grundverschiedenen Rechtssätzen unterliegende condictio incerti ausgedehnt hätten.

Die Formel der condictio triticaria bietet keinerlei Schwierigkeit:

S. P. N^m N^m A^o A^o TRITICI[9]) *Africani optimi modios tot* DARE

1) R. G. II S. 147 n. 13. Vgl. auch **Baron**, a. a. O. S. 113.

2) Diese hält **Savigny** a. a. O. für unmöglich.

3) Vgl. fr. 3 pr. de usuf. (7. 1), fr. 95 § 6 de solut. (46. 3), fr. 136 § 1 de V. O. (45. 1).

4) Fr. 11 § 2, 30 § 5 de iureiur. (12. 2).

5) Fr. 19 de S. P. R. (8. 3).

6) Vgl. auch **Huschke**, d. L. d. r. Rts. v. Darlehen (1882) S. 211.

7) Letzteres anerkennt auch **Savigny**, a. a. O. S. 618 n. c, ja er geht m. E. in dieser Richtung sogar zu weit.

8) S. auch **Baron**, a. a. O. S. 116 fg., **Huschke**, die Lehre des r. Rts. vom Darlehen (1882) S. 210.

9) Nach Stephanus (schol. in Bas. XXIV 8, 7 bei Heimbach III p. 43) rührt der Name condictio triticaria daher: *ἐπειδὴ ἐν τῇ κατὰ τὸ πάλαι πολιτευόμενον αὐτοῦ φορμούλᾳ* tritici *ἐνέκειτο μνήμη*. Ueber den Umfang der Klage vgl. Ulp. 27 fr. 1 pr. de cond. trit. (13. 3), Paul. 28 fr. 6 de R. C. (12. 1).

OPORTERE[1]) *quanti ea res est*[2]), *t. p.* N^m N^m A^o A^o *c. s. n. p. a.*

Die causa agendi war auch in dieser Formel nicht genannt: es darf hier auf das unter 1. Ausgeführte verwiesen werden. Namentlich darf auch die condictio furtiua keineswegs als selbständige adiecta causa proponirte Formel gedacht werden: sie ist lediglich ein Anwendungsfall der gewöhnlichen abstracten condictio triticaria[3]).

§ 96. DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET[4]).

Ulp. 27[5]), Paul. 28[6]), Gai. 9[7]).

In meinen Beiträgen zur Kunde des prätorischen Edicts (1878) habe ich die Formel der actio de eo quod certo loco zum Gegenstande einer ausführlichen Untersuchung gemacht. Ich kann nach nochmaliger Prüfung die Ergebnisse, die ich dort gefunden zu haben glaubte, nicht durchweg festhalten. Für richtig halte ich dieselben auch heute noch hinsichtlich der intentio, nicht mehr aber hinsichtlich der condemnatio.

Die intentio ist meiner, wie der herrschenden Ansicht nach[8]), in ius zu concipiren, vor derjenigen der condictio nur durch den Zusatz des Erfüllungsorts ausgezeichnet:

S. p. N^m N^m A^o A^o decem Ephesi dare oportere[9]).

Für diese Fassung spricht[10]), ausser dem freilich nicht ganz verlässlichen Zeugniss des Theophilus[11]), fürs Erste die Natur der Sache: ein Grund zu weiterer Veränderung der intentio der condictio lag nicht vor; fürs Andere die Rubrik des Digestentitels (13. 4) „de eo quod certo loco dari oportet"; weiter der Umstand, dass das agere mit unserer actio als agere adiecto loco und im Gegensatz dazu die intentio der condictio als pura bezeichnet wird[12]); endlich entscheidend fr. 2 § 7 h. t.: denn hier wird die Zuständigkeit der actio de eo q. c. l. ausdrücklich darauf gegründet (ideo peti potest), dass im Fall der Stelle liberatio non contigit, d. h. dass das civile dari oportere fortdauert, — es muss also dies dari oportere intentionsmässige Voraussetzung unserer actio gewesen sein[13]).

1) Gai. IV 4, fr. 75 § 8 de V. O. (45. 1), fr. 19 de S. P. R. (8. 3).

2) Gai. 9 fr. 4 de cond. trit.: quanti tunc cum iudicium acciperetur. Vgl. fr. 2 § 3 de priu. del. (47. 1). (Das vielbestrittene fr. 3 de cond. trit. enthält keinen Gegenbeweis: die Auslegung des „est" konnte zweifelhaft sein.)

3) Vgl. Gai. IV 4 v. „etiam hac actione teneantur".

4) D. (13. 4), C. (3. 18).

5) Fr. 2, 4 h. t.

6) Fr. 5, 7 h. t., fr. 27 de cond. indeb. (12. 6).

7) Fr. 1, 3 h. t.

8) A. M. Cohn, die s. g. actio de eo q. c. l. (1877) S. 129 fg. Zweifelnd: Savigny, System V S. 132 n. o, Bekker, Actionen II S. 133 n. 8; Brinz, Pandekten II S. 333 (2. Aufl.).

9) Auf diese intentio geht Ulp. 27 fr. 2 § 1—7 h. t.: Ephesi fr. 2 § 1—4, dari fr. 2 § 5, oportere fr. 2 § 6. 7.

10) Vgl. zu dem Folgenden: Lenel, a. a. O. S. 65 fgg.

11) Zu § 33 J. de act. (4. 6).

12) § 33 J. de act. (4. 6), Gai. IV 53[a], fr. 2 § 3 h. t.

13) Nicht widerlegt durch Cohn, Jenaer Lit. Ztg. 1878 S. 687, vgl. auch Puntschart in Grünhuts Zschr. VI S. 620. Anders wird fr. 2 § 7 cit. verstanden von Cohn, actio de

Hinsichtlich der condemnatio war ich a. a. O.[1]) unter Verwerfung aller frühern Reconstructionsversuche zu folgender Hypothese gelangt:

iudex, arbitratu tuo N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Die Grundlage dieser Vermutung war mir der Bericht Ulpians in fr. 2 § 8 h. t.:

Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem ....

Darin erblickte ich den Beweis, dass die Berücksichtigung des klägerischen Ortsinteresses bei unserer actio allein durch die Wissenschaft durchgesetzt worden, in der Formel also nicht ausdrücklich vorgesehen gewesen sei; ich fand dies bestätigt durch § 33 I. de act., wo, bei Erwähnung unserer actio, nur davon die Rede ist, dass der Richter das Ortsinteresse des Beklagten berücksichtigen dürfe, und ich suchte nun eine Formel, die dem iudex „die Berücksichtigung der utilitas promissoris ermöglichte, ohne die der utilitas actoris — die Neuerung des Labeo — auszuschliessen"[2]), eine Formel, die natürlich überaus unbestimmt ausfallen musste. Allein diese ganze Argumentation ruht auf schwachen Füssen. Zunächst leidet die versuchte Fassung der condemnatio an starker innerer Unwahrscheinlichkeit. Dachte der Prätor, wie ich annahm, bei Einführung unserer actio wirklich nur daran, dem Beklagten die utilitas loci zu wahren, so ist es kaum glaublich, dass er seine Absicht in der Formel nur so überaus unklar angedeutet hätte. Jene Fassung ermangelt aber genau besehen auch der äussern Stütze. Sieht man vorerst von den beiden angeführten Stellen ab, so führen die Quellen entschieden auf eine condemnatio, die ausdrücklich die Berücksichtigung des beiderseitigen Interesses als zulässig erscheinen liess. Es hat einen durchaus formelmässigen Anstrich, wenn es in c. un. h. t. von unserer actio heisst:

in qua uenit aestimatio quod alterutrius interfuit suo loco potius quam in eo quo petitur solui.

Wenn wir nun fast derselben Wendung in fr. 8 h. t. begegnen:

quanti eius uel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solui ....,

dessgleichen mit Bezug auf das Ortsinteresse des Beklagten in fr. 2 § 8 h. t.:

si interfuisset rei Ephesi potius soluere quam eo loci quo conueniebatur[3]) ....;

wenn ferner Ulpian an die Spitze seiner Erörterungen — fr. 2 pr. h. t. — den Satz stellt:

Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris pecuniae fit ....:

wenn man diese zusammentreffenden Zeugnisse überblickt, so wird man,

eo q. c. l. S. 131 fgg.; ich glaube, trotz der neuerlichen Ausführungen Cohns in der krit. Vjschr. XXIV S. 32 fg., die Auslegung dieses Schriftstellers in meinen Beiträgen S. 68 fg. überzeugend widerlegt zu haben.

1) S. 70 fgg. Daselbst auch Verzeichniss der verschiedenen Ansichten. Hinzuzufügen Treptow, z. Lehre v. d. actio de eo q. c. l. diss. (1875) S. 29.

2) a. a. O. S. 77.

3) Vgl. auch fr. 15 i. f. de compens. (16. 2): „quanti Titii interfuerit eo loco quo conuenerit pecuniam dari" und vorher „quanti mea interfuit certo loco dari".

meine ich, zweifelsohne geneigt sein, die Worte der c. un. cit. zur Richtschnur für die Reconstruction der condemnatio zu nehmen, wofern es gelingt, jene anscheinend widersprechenden Berichte damit zu vereinbaren. Dies scheint mir nun gar nicht schwer zu sein. Zunächst § 33 I. de act. behandelt unsere actio nicht nach allen Seiten hin, sondern nur als ein Mittel, eine Schuld mit bestimmtem Erfüllungsort anderwärts ohne die Gefahr der plus petitio loci einzuklagen; da nun die Folgen der plus petitio loci der Rücksicht auf das Ortsinteresse des Beklagten entspringen, so war es nur natürlich, dass der Institutionenverfasser, indem er unsere actio erwähnte, zugleich betonte, dass hier jenes Ortsinteresse nicht etwa bei Seite gesetzt werde, sondern nur in anderer Weise zu seinem Rechte komme; auf das mögliche Ortsinteresse des Klägers einzugehen, hatte er keinerlei Veranlassung. Was nun aber die vorhin angeführten Worte des fr. 2 § 8 h. t. betrifft:

> Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem . . . .,

so gestatten diese eine Auslegung, die, weit entfernt die Annahme einer auf „quanti alterutrius interfuit“ gestellten condemnatio zu widerlegen, dieselbe vielmehr wesentlich unterstützt. Wie nämlich, wenn Julian in dieser Stelle nicht als blosse Autorität, sondern als Edictsredactor genannt wäre, der in dieser Eigenschaft eine an dem ältern Edicttext geübte Kritik Labeo's[1]) berücksichtigte? Dass diese Auslegung möglich ist, sich mit den Worten sogar ganz vortrefflich verträgt, wird Niemand bestreiten können. Dann aber hätten wir hier einen Bericht über die geschichtliche Entwicklung des Formeltexts vor uns, der die Formelmässigkeit des quanti alterutrius interfuit geradezu belegen würde.

Die Formel, zu der wir auf Grund des bisherigen gelangen müssten, leidet augenscheinlich immer noch an einer gewissen Unbestimmtheit: der Geschworene wird angewiesen, seiner Abschätzung das Interesse einer der Parteien zu Grunde zu legen; es wird ihm aber nicht gesagt, wonach sich bestimmen soll, ob das der einen oder das der andern. Dies Bedenken, wenn es eines ist, bringt mich auf das grosse Rätsel unserer actio, auf die Frage, warum und in welchem Sinne die Römer dieselbe als arbitraria bezeichnen[2]). Arbitrariae actiones sind nach § 31 I. de action. diejenigen, „in quibus, nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, ... condemnari debeat,“ diejenigen also, bei denen der Condemnation ein arbiträrer Satisfactionsbefehl des Geschworenen vorausgehen muss, dessen Befolgung jene abwendet. Trotz dieser Definition und trotzdem in § 31 I. cit. selbst unsere actio unter den Beispielen der arbitrariae aufgezählt wird, habe ich mich in meinen Beiträgen mit der Annahme eines solchen Satisfactionsbefehls und der entsprechenden Formelclausel nicht befreunden können[3]), weil mir alle bisherigen Versuche, diesem iussus Inhalt und Richtung zu geben, total verunglückt schienen. In der Tat bin ich auch heute nicht anderer Meinung und glaube sogar zu den

1) Solche Kritik hat Labeo auch sonst geübt: fr. 4 § 3 de re iud. (42. 1).

2) § 31. 33 I. de act. (4.6), fr. 2 pr. § 8, fr. 4 § 1, fr. 5, 7, 10 h. t., fr. 16 § 1 de pec. constit. (13.5).

3) S. auch Cohn, actio de eo q. c. l. S. 135 fg., Windscheid, Pand. § 46 n. 4, Brinz, Pandekten (2. Auflage) II S. 333 n. 30.

Argumenten, die ich dort gegen die von der herrschenden Meinung[1]) beliebte Formelclausel „nisi ea pecunia .... Ephesi soluetur" (oder wie die Formulirung sonst lauten mag) beigebracht habe und die ich nach wie vor für entscheidend halte[2]), noch ein neues hinzufügen zu können, und zwar ein sehr erhebliches. Hätte nämlich der iudex wirklich einen iussus als letzte Aufforderung, am bestimmten Erfüllungsorte zu leisten, erlassen, so hätte, meine ich, auch die Interesseberechnung dieser Aufforderung entsprechend eingerichtet sein müssen, d. h. der iudex hätte der Interesseberechnung den in der fruchtlos gebliebenen Aufforderung bezeichneten oder subintelligirten Leistungstermin zu Grunde legen müssen, die condemnatio hätte lauten müssen „quanti alterutrius intererit Ephesi solui, condemna". Statt dessen weisen umgekehrt eine ganze Reihe von Stellen in ganz unzweideutiger Weise vielmehr in die Vergangenheit zurück. So vor Allem c. un. h. t.:

in qua uenit aestimatio, quod alterutrius interfuit ....

So ferner fr. 2 § 8 h. t.:

ut, si interfuisset rei ...., ratio eius haberetur ....

und

actoris habuit rationem, cuius potuit interesse ....

und

in hanc arbitrariam quod interfuit ueniet ....

So ferner fr. 8 h. t.:

quanti eius uel actoris interfuerit ....

und

quanti actoris intersit eam pecuniam Capuae solutam esse ....

Weiter § 33 I. de act. (4. 6):

.... utilitatis quae promissori competitura fuisset ....

Endlich fr. 15 de compens. (16. 2):

quanti mea interfuit

und

quanti Titii interfuerit ....

Diesen übereinstimmenden Quellenäusserungen gegenüber geht es m. E. nicht an zu leugnen, dass mit dem Moment der erhobenen arbitraria actio die Möglichkeit anderwärts als am Klagort zu leisten regulärer Weise ihre Endschaft erreicht hat[3]); sie kommt nur noch als gewesene Möglichkeit in Betracht.

Lässt sich nun für eine Satisfactionsclausel durchaus kein befriedigender Inhalt finden, so begreift sich andererseits der Name „arbitraria actio" von selbst, und ohne dass wir der Formel irgend einen weiteren Zusatz geben, durch die von uns gefundene Gestalt ihrer condemnatio. Vermöge des Worts alterutrius stellt diese condemnatio es in das Ermessen (arbitrium) des Judex, das Interesse welcher der beiden Parteien er bei der Aestimation berücksichtigen wolle, und diese Wahlfreiheit bei der Aestimation ist die Ursache, der die actio ihren Namen verdankt. Allerdings entspricht diese Erklärung

1) Vgl. wieder neuerdings Puntschart, a. a. O.

2) Was Puntschart a. a. O. in Bezug auf fr. 4 § 1 h. t. ausführt, berührt dieselben gar nicht.

3) Ausnahmsfälle vorbehalten. Ueber fr. 4 § 1 h. t. vergleiche Lenel, a. a. O. S. 57 fg. Anders wieder Puntschart, a. a. O.

nicht der Definition der Institutionen. Allein wer die Stellen, in denen unsere actio als arbitraria bezeichnet ist, aufmerksam liest, kann gar nicht darüber zweifeln, dass die Bezeichnung hier von den Juristen in anderm Sinne gebraucht ist als sonst. Bezeichnen die Juristen einmal gelegentlich eine andere actio als arbitraria — sie tun dies nicht eben besonders häufig —, so wollen sie ihr damit lediglich eine bestimmte Eigenschaft zuschreiben, die sie mit andern teilt: sie ist arbritrarisch, wie sie civil, honorarisch, in rem, in personam, in ius und in factum concipirt ist. Für unsere actio dagegen, für die die Bezeichnung häufiger vorkommt als für alle andern actiones arbitrariae zusammengenommen[1]), ist „actio arbitraria" der speziell für sie technische Name: sie ist nicht eine, sie ist die actio arbitraria. Daraus folgt aber, dass, was sie zur actio arbitraria macht, nicht das sein kann, was noch einem Dutzend anderer Formeln diese Eigenschaft verleiht, und diese Folgerung wird durch fr. 3 und fr. 8 h. t. direct bestätigt: denn nach diesen Stellen kann der Name nur daher rühren, dass bei unserer actio „aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur". Wie nun aber endlich diese actio arbitraria in das Verzeichniss der actiones arbitrariae in § 33 I. de act. hineingeraten ist, das ist wahrlich nicht schwer zu erklären: die Institutionenverfasser haben einfach den Beispielkatalog, den sie in ihrer Vorlage fanden, nach eigenem Ermessen vervollständigt, und was lag ihnen, denen die classischen Formeln zur gleichgiltigen Antiquität geworden waren, näher, als diejenige actio, die den Namen geradezu als technischen führt, in das Verzeichniss aufzunehmen?

Die genaue Formulirung der condemnatio muss dahin gestellt bleiben. Rudorff (E. P. § 96) schlägt vor

> quanti arbitratu tuo alterutrius interfuerit Ephesi potius quam Romae dari.

Diese condemnatio würde den Judex angewiesen haben, nicht etwa bloss die durch das Ortsinteresse bedingte Differenz gegenüber dem Nominalbetrag der Schuld bei der Abschätzung in Rechnung zu ziehen[2]), sondern einfach einzig und allein auf diese Differenz zu verurteilen, was ein recht sonderbares Ergebniss wäre[3]). Dem Sinne nach kann vielmehr offenbar die condemnatio nur folgender Massen gelautet haben:

> *N^m N^m A^o A^o decem aut si quid alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solui, tanto pluris minorisue*[4]) *c. s. n. p. a.*

Auf eine derartige Fassung kann bezogen werden, was Ulpian in fr. 2 § 8 h. t. sagt:

> Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat seruire an uel excedere uel minuere quantitatem debeat . . . .

Es war Sache des officium iudicis, sich zwischen den drei Möglichkeiten, die ihm die Formel bot, zu entscheiden. —

1) Ausser der actio de eo q. c. l. wird in den Digesten überhaupt nur die actio metus causa und diese nur einmal actio arbitraria genannt: fr. 14 § 4 quod met. causa (4. 2).

2) Rationem habere: § 33 I. de act., fr. 2 § 8 h. t., c. un. h. t.

3) Meine Beiträge, S. 74 n. 17.

4) Glaubt man wegen des Namens arbitraria die Worte „arbitrio tuo" nicht entbehren zu können, so möge man sie hier einschieben.

Ueber das unserer actio etwa voraufgehende Edict fehlen uns alle Quellenbelege. Ich glaubte seiner Zeit[1]) eine Andeutung darüber in den Worten des § 33 I. de act. (4. 6) gefunden zu haben:

> Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo, ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit . idque etiam praetor monstrat, scilicet quia utilitas soluendi salua est promissori.

Allein, wie ich mir jetzt die Formel denke, können diese Worte ebenso mehr auf den Wortlaut dieser letztern bezogen werden, und so scheint es mir am vorsichtigsten, sich hinsichtlich des Edicts jeder Vermutung zu enthalten. Möglich, dass die actio überhaupt nur proponirt und nicht durch Edict verheissen war.

§ 97. DE PECUNIA CONSTITUTA[2]).

Ulp. 27[3]), Paul. 29[4]), Julian. 11[5]).

Das Edict de pec. constit. lässt sich aus den Commentaren, namentlich dem Ulpians, und den sonstigen Berichten im Wesentlichen sicher wiederherstellen.

Direct bezeugt sind uns bei Ulp. 27 fr. 1 § 1 die Worte:

> QUI PECUNIAM DEBITAM CONSTITUIT.

Erläutert sind dieselben in fr. 1, 3, 5, 7, 11 h. t. und zwar Qui in fr. 1 § 1—3, constituit in fr. 1 § 4, pecuniam debitam in fr. 1 § 5—8, fr. 3, 5[6]), 7, 11 h. t. Das Wort debitam speciell ist zweifellos edictal und darf nicht mit Rudorff[7]) durch creditam ersetzt werden.

In fr. 14 pr. fährt Ulpian fort:

> Qui autem constituit se soluturum, tenetur, siue adiecit certam quantitatem siue non.

Kein Zweifel, dass die hervorgehobenen Worte ebenfalls edictal sind. Bruns[8]) hat gezeigt, dass in dem Sprachgebrauch der Zeit, der unser Edict entstammt, das Wort constituere mit dem blossen einfachen Accusativ des Objects nicht vorkommt, dass vielmehr stets die Bezeichnung der zugesagten Handlung folgt. Die Worte se soluturum esse sind nun in Bezug auf das juristische Constitut geradezu typisch. Vgl. fr. 2, fr. 3 § 2, fr. 4, 5 pr. § 1. 4. 5. 6, fr. 8, 11 pr., 13, 14 pr., 18 § 1, 19 § 2, 21 pr. § 2 h. t., Paul. sent. II 2 § 1, § 9 I. de act. (4. 6). Offenbar sind sie im Obigen commentirt.

In fr. 14 § 1. 2 folgen bei Ulpian Bemerkungen über Fälle, wo Jemand

1) Meine Beiträge S. 60.

2) D. (13. 5), C. (4. 18).

3) Fr. 1, 3, 5, 7, 11, 14, 16, 18 h. t., fr. 36 de iureiur. (12. 2), fr. 56 de re iud. (42. 1), fr. 5 de confess. (42. 2), — letztere beiden Stellen heben Gegensätze zwischen confessio und constitutum hervor —, fr. 11 de nouat. (46. 2) — Frage, ob durch constitutum delegirt werden könne, wie fr. 28 h. t. hinsichtlich des receptum —, fr. 182 de V. S. (50. 16) — Constitut eines vermeintlichen Gewalthabers de peculio cf. fr. 1 § 8 h. t.

4) Fr. 4, 8, 10, 13, 15, 17, 19, 21 h. t. Auch Paul. lib. 6 breu. fr. 22 h. t.

5) Fr. 2, 23 h. t., cit. fr. 5 § 3. 6 h. t.

6) Fr. 5 § 4 sqq. sind ein durch fr. 5 § 2. 3 veranlasster Excurs.

7) E. P. § 97. Die Vermutung von Bruns, auf die sich Rudorff beruft, geht nicht auf das Hadrianische, sondern auf das „älteste Edict über das Constitut". S. Zschr. f. R. G. I S. 49.

8) Zschr. f. R. G. I S. 31 fgg. 45.

constituirte „se pignus daturum“ oder „certam personam fideiussuram pro se“. Dieselben sind nicht mehr Commentar zu den Worten „se soluturum esse“. Wir werden sofort unten bei Betrachtung der Formel sehen, dass diese nicht bloss auf das Solutionsconstitut eingerichtet war, sondern die Möglichkeit eines Constituts auch anderweiten Inhalts voraussetzte, das daher ohne Zweifel auch in dem einleitenden Edicte erwähnt war. Welchen Inhalts, darüber belehrt uns Paul. 29 fr. 21 § 2 h. t.:

> Constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisfactionem. si quis autem constituat se satisdaturum, fideiussorem uel pignora det, non tenetur, quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat.

Also ein Constitut se satisdaturum oder wohl genauer se satisfacturum esse (vgl. Nov. 115 c. 6) war vorgesehen, und es leuchtet sofort ein, dass fr. 14 § 1. 2 Erläuterungen zu diesen Worten enthalten.

In fr. 14 § 3 schliesst Ulpian durch Betonung der Formlosigkeit des Constituts die Betrachtung der edictalen Voraussetzungen der Klage und gibt sodann in fr. 16 pr. § 1 Bemerkungen über die Frage, gegen wen und wo die Klage erhoben werden könne, Bemerkungen, die wir unbedenklich auf das „in eum iudicium dabo“ des Edicts beziehen dürfen; und so erhalten wir, indem wir dem Commentar Schritt für Schritt gefolgt sind, folgendes Edict:

> QUI PECUNIAM DEBITAM CONSTITUIT *se soluturum*[1]) *eoue nomine se satisfacturum esse, in eum iudicium dabo.*

Fügt man dem Obigen nun noch mit Rücksicht auf Gai. IV 171

> .... sponsionem facere permittitur .... constitutae ... pecuniae partis dimidiae

und Gai. IV 180 (restipulatio!) hinzu:

> *partisque dimidiae sponsionem et restipulationem facere permittam*[2]),

so dürfte damit das vollständige Edict gegeben sein.

Was in Ulpians Commentar von fr. 16 § 2 ab folgt, hat offensichtlich nichts mehr mit dem Edict zu tun: es ist Commentar zur Formel[3]), und wir sind hier in der glücklichen Lage, dass uns von dieser, wenn gleich entstellt, ganze Stücke erhalten sind. Es kommen folgende Stellen in Betracht.

1. Ulp. 27 fr. 16 § 2 h. t.:

   Ait praetor: si appareat eum qui constituit neque soluere neque fecisse neque per actorem stetit, quo minus fieret quod constitutum est.

2. Ulp. 27 fr. 16 § 4 h. t.:

   Haec autem uerba praetoris „neque fecisse reum quod constituit“ .....

1) Vom dies constituti war im Edict nicht die Rede: arg. fr. 21 § 1 h. t.

2) Vgl. fr. 1 pr. h. t. v. „quoniam graue est fidem fallere“. S. auch fr. 25 pr. h. t.

3) Bruns, a. a. O. S. 46, meint, dass die Compilatoren überhaupt „schwerlich eine Erläuterung über die längst abgekommene Formula aufgenommen haben würden“. In Wirklichkeit haben sie das, wie in gegenwärtigem Werk nachgewiesen, so häufig getan, dass es mir überflüssig scheint, Beispiele anzuführen. Irrig auch Wlassak, Edict und Klageform S. 92 fg. Für verunglückt muss ich auch den Versuch Huschke's (Arch. f. civ. Pr. LXV, S. 251 n. 9) halten, die oben besprochenen Fragmente in das Edict einzuschweissen.

3. Ulp. 27 fr. 18 pr. h. t.:
   Item illa uerba praetoris „neque per actorem stetisse"
4. Ulp. 27 fr. 18 § 1 h. t.:
   Quod adicitur: „eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse" . . . .
5. Paul. 29 fr. 17 h. t.:
   Illa uerba „neque fecisset" . . . .

Es gilt zunächst, die obigen von einander mehrfach abweichenden Referate mit einander kritisch zu vereinbaren. Keinem Bedenken kann es unterliegen, wenn wir das „fecisset" in der 5ten Stelle auf Grund der 1ten und 2ten in „fecisse", dessgleichen, wenn wir das unerträgliche „stetit" der 1ten auf Grund der dritten in „stetisse" verwandeln. Ferner dürfte das „neque fecisse" der 1ten Stelle schwerlich so kahl dagestanden haben, wie wir es dort lesen, und es ist gewiss gerechtfertigt, auf Grund der 3ten zu ergänzen: neque fecisse quod constituit[1]). Die 1te Stelle lässt die letzten Worte weg, weil das Schwergewicht des dortigen Citats, wie wir aus der Erläuterung in fr. 16 § 3 sehen, lediglich auf den Worten „neque per actorem stetisse" liegt, das Vorhergehende daher nur summarisch, mit Auslassung des nicht absolut Notwendigen, angeführt wird.

Immer bleibt das Stück intentio, das wir auf Grund dieser Emendationen erhalten, noch sehr auffallend, ja unerträglich:

> Si appareat eum qui constituit neque soluere neque fecisse quod constituit neque per actorem stetisse quo minus fieret quod constitutum est.

Woher das „si appareat" statt des solennen „si paret"? Wie sonderbar das „eum qui constituit": ist es glaublich, dass das eigentliche Klagfundament, der Abschluss des Constituts, nur in einem Relativsatz ausgesprochen gewesen sein soll und dass hinter dem constituit das im Edict ausgedrückte „se soluturum eoue nomine se satisfacturum esse" fehlte? Und endlich, was soll das „neque soluere" vor dem „neque fecisse"?

Von allen diesen Bedenken ist am leichtesten das letzte zu beseitigen, obwohl gerade dieses bisher für die ärgste crux gegolten hat. Die Einschiebung des neque vor soluere wird auf einem Abschreiberversehen beruhen, das sich sehr einfach aus dem sogleich nachher zweimal folgenden und darum dem Schreiber im Kopf liegenden „neque" erklärt. Bei Ulpian hiess es: si appareat eum, qui constituit soluere, neque fecisse u. s. w. Des Fernern ist wiederholt darauf aufmerksam zu machen, dass fr. 16 § 2 h. t. durchaus kein auf Vollständigkeit Anspruch machendes Citat ist: damit ist ohne Weiteres erklärt, warum die Grund- und Hauptbedingung der Condemnation, das „s. p. N^m N^m . . . . constituisse" hier fehlt. Endlich aber und hauptsächlich ist die Frage aufzuwerfen, ob denn das gedachte Citat auch in dem, was es gibt, als wortgetreues Abbild der Formel gelten darf. Wie soll der Conjunctiv „si appareat", um von dem untechnischen Wort selber abzusehen, in die Formel

1) Das Wort reum ist Verdeutlichungszusatz des Juristen oder der Compilatoren; vielleicht stand ursprünglich, aus dem Anfang der Formel recapitulirt, „N^m N^m".

kommen? Freilich scheint das einleitende „ait praetor" ein wörtliches Citat anzudeuten. Allein eben dies „ait praetor" ist augenscheinlich nicht von Ulpian selbst, der hier die Formel commentirte, geschrieben, sondern, wie auch weiterhin das „uerba praetoris" in fr. 16 § 4 und fr. 18 pr., Fabrikat der Compilatoren. Diese, die einen Commentar zur Formel nicht als solchen recipiren konnten, suchten durch solche naheliegende Interpolationen den ursprünglichen Gegenstand des Commentars zu verhüllen. Ganz in der gleichen Weise geben sie in fr. 14 § 11 quod met. causa (4. 2) die Arbiträrclausel der Formel für „uerba edicti" aus. Ich vermute daher, dass, wo wir jetzt „ait praetor" lesen, bei Ulpian auf den Inhalt der Formel hingewiesen war, der dann in indirecter Rede folgte, etwa so[1]):

> [*Notandum est formulae uerbis iudicem tunc condemnare iuberi,*] si appareat eum qui constituit soluere rel.

Durch diese gewiss einleuchtende Annahme erklärt sich nicht nur das „si appareat", sondern auch das unmögliche „stetit" in dem Citat des fr. 16 § 2: die Compilatoren machten hier einen verunglückten Versuch der Umsetzung des Ulpianschen Texts in directe Rede. Jene Annahme löst aber auch alle noch übrigen Rätsel der intentio. So aufgefasst, bietet nämlich die Stelle für die Formelmässigkeit der Worte „eum qui constituit soluere" kein unanfechtbares Zeugniss mehr dar: Ulpian kann sehr wohl auf diese Weise den eigentlichen Anfang der Formel kurz zusammenzufassen gesucht haben. Dann aber bleibt uns von der ganzen Formel als authentisch überliefert, nichts übrig als die Worte:

> . . . . NEQUE FECISSE QUOD CONSTITUIT NEQUE PER A^m A^m STETISSE QUO MINUS FIERET QUOD CONSTITUTUM EST EAMQUE PECUNIAM CUM CONSTITUEBATUR DEBITAM FUISSE.

Zu ergänzen bleibt die erste Hälfte der intentio, die das „s. p. N^m N^m constituisse" enthielt und, wie aus dem folgenden absichtlich farblosen „neque fecisse quod constituit" hervorgeht, ohne allen Zweifel beide möglichen Arten des Constituts — Zahlungs- und Satisfactionsversprechen — berücksichtigte; sie wird gelautet haben:

> *S. p. N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia constituisse se soluturum eoue nomine se satisfacturum esse.*

Zu ergänzen bleibt ferner die condemnatio, die, wie Bruns[2]) dargetan hat, auf „*quanti ea res est*" ging: auf sie bezieht sich Ulp. 27 fr. 18 § 2. 3 h. t.

Neben Edict und Formel enthielt das Album ohne Zweifel auch das Formular der sponsio und der restipulatio. Commentar über dieses letztere ist begreiflicher Weise nicht überliefert. Die wahrscheinliche Fassung ergibt sich aus dem § 95 (S. 188) Bemerkten. Rudorff verfällt auch hier in die gleichen Fehler, wie bei der sponsio de certa credita pecunia.

1) Vgl. etwa lex Rom. tab. Bant. lin. 10: iubetoque eum, sei ita pariat, condumnari populo; auch Cic. in Verr. II³ c. 22 § 55: dabat iste iudicium, si pareret iugera eius fundi plura esse quam colonus esset professus, tum uti Xeno damnaretur.

2) a. a. O. S. 59 fgg. Rudorff stellt sie auf „tantam pecuniam et eius pecuniae dimidium", wegen der sponsio dimidiae partis. Allein gerade diese sponsio selbst scheint mir zu beweisen, dass die Condemnation der Formel nicht auf das Anderthalbfache gestellt war.

§ 98. COMMODATI UEL CONTRA[1]).

Ulp. 28[2]), Paul. 29[3]), Gai. 9[4]), Julian. 11[5]).

Ulp. 28 fr. 1 pr. h. t.:

Ait praetor: QUOD QUIS COMMODASSE[6]) DICETUR, DE EO IUDICIUM DABO.

Gai. IV 47:

. . . ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, uel*u*ti . . . . . commodati.

Ulpian behandelt zunächst die formula in factum concepta, die bis auf die hier wegfallenden Worte dolo malo durchaus der von Gaius für das Depositum mitgeteilten entsprach:

S. p. A^m A^m N^o N^o rem q. d. a. commodasse[7]) *eamque A^o A^o redditam non esse*[8]), *quanti ea res erit, tantam pecuniam* et rel.[9])

Nach völliger Erledigung dieser Formel beginnt Ulp. 28 in fr. 5 § 2 h. t. mit den Worten

Nunc uidendum est, quid ueniat in commodati actione . . . . . .

eine bis fr. 5 § 10[10]) sich erstreckende Erörterung über das quid ueniat, d. h. eine Erörterung, die sich bei den formulae in ius conceptae durchweg an die intentio anzuschliessen pflegt und die wir mit allem Recht als der formula in ius concepta gewidmet ansehen dürfen. Anhaltspunkte für deren Reconstruction bietet der Commentar nicht. Man wird aber schwerlich fehl gehen, wenn man sich diese Formel völlig übereinstimmend mit der ex causa depositi construirt denkt, die bei Gai. IV 47 überliefert ist. Als bonae fidei actio ist die actio commodati in § 28 I. de act. (4. 6) und in fr. 3 § 2 h. t. bezeichnet, und, wenn aus letzterer Stelle (nach dem Platz im Commentar) hervorgeht, dass diese Eigenschaft auch bei in factum concipirter Formel anerkannt wurde, so darf hieraus um so sicherer darauf geschlossen werden, dass in der formula in ius concepta die Worte „ex bona fide“ nicht fehlten.

Die Formel der contraria actio, wovon Paul. 29 fr. 17 § 1. 3. 5 h. t. und Gai. 9 fr. 18 § 2—4 eod. handeln, ergibt sich durch einfache Umstellung der Namen in der demonstratio der formula in ius concepta. Wahrscheinlich war im Edict die contraria für sich allein gar nicht proponirt, sondern (neben der directen intentio?) nur die intentio für directa und contraria zusammen. Sonst würde Paul. fr. 17 § 1 h. t. kaum bemerkt haben:

Contraria commodati actio etiam sine principali moueri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae.

1) D. (13. 6), C. (4. 23).

2) Fr. 1, 3, 5, 7 h. t., fr. 27 de solution. (46. 3) cf. fr. 3 § 1 h. t., fr. 17 de P. V. (19. 5) cf. fr. 5 § 11 h. t., fr. 5 locati (19. 2) cf. fr. 17 pr. de P. V. (19. 5), fr. 43 § 1 de R. J. (50. 17) cf. fr. 18 § 1 h. t.

3) Fr. 2, 15, 17 h. t.

4) Fr. 18 h. t.

5) Cit. fr. 5 § 8 h. t., fr. 13 § 1 de P. V. (19. 5), fr. 3 § 5 de cond. c. d. c. n. s. (12. 4) vgl. Ulp. 28 fr. 17 de P. V. (19. 5).

6) Ulp. 28 fr. 1 § 1 h. t.

7) Hieher Ulp. 28 fr. 1 § 2, fr. 3 pr. h. t.

8) Ulp. 28 fr. 3 § 1 h. t., fr. 27 de solut. (46. 3).

9) Zur condemnatio: Ulp. 28 fr. 3 § 2—5, fr. 5 pr. § 1 h. t. Fr. 3 § 6 scheint seine gegenwärtige Stelle den Compilatoren zu verdanken.

10) Den Schluss des Ulpianschen Commentars — fr. 5 § 11—ult., fr. 7 h. t. — bildet ein Tractat über besondere Fälle, wo sei es die Haftung ex commodato überhaupt oder die Strenge oder der Umfang dieser Haftung mehr oder minder zweifelhaft war. Hieher gehört auch fr. 17 de P. V. und fr. 5 locati cf. n. 2.

§ 99. DE PIGNERATICIA ACTIONE UEL CONTRA[1]).

Ulp. 28[2]), Paul. 29[3]), Gai. 9[4]), Julian. 11[5]).

Das Edict de pign. act.[6]) ist uns nicht erhalten.

Hinsichtlich der Formeln lässt sich aus den Commentaren, in erster Linie dem Ulpians, so viel ermitteln, dass als Bedingungen der Zuständigkeit der directa actio folgende genannt waren:

1. dass A^s A^s dem N^s N^s rem q. d. a. „pignori dedit“ und zwar um einer Geldschuld willen, — „ob pecuniam“. Ulp. 28 fr. 9 pr. — § 2 h. t. Vgl. fr. 13 § 5 de iureiur. (12. 2), fr. 31 [32] pr. i. f. de N. G. (3. 5).

2. dass omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse. Ulp. 28 fr. 9 § 3—5, fr. 11[7]) h. t., c. 11 h. t.

3. „aut per N^m N^m stetisse quominus solueretur.“ Paul. 29 fr. 20 § 2 h. t., c. 3 de luit. pign. (8. 30 [31]), c. 12 h. t. Nicht hiess es „quo minus solueretur satisue fieret“: Gai. 9 fr. 10 h. t.

Haben wir uns nun diese Bedingungen als den Inhalt einer intentio in factum concepta oder als den der demonstratio einer formula in ius concepta zu denken? Rudorff (E. P. § 100) nimmt letzteres an; es ist aber ohne Zweifel ersteres richtig. Für eine formula in ius concepta würde eine demonstratio „Quod A^s A^s . . . . pignori dedit“ vollkommen genügen, ja einzig angemessen sein, da nur die Verpfändung und nicht die Schuldtilgung der Grund der Haftung — des dare facere oportere — des Gläubigers ist. Eine formula in factum concepta dagegen musste alle jene Voraussetzungen der Verurteilung aufzählen, und daneben noch:

4. die Bedingung „eamque rem redditam non esse“, die wir denn in der Tat bei Ulp. 28 fr. 13[8]), 15 h. t., d. h. unmittelbar hinter den oben angeführten Voraussetzungen commentirt finden.

Folgende Reconstruction der Formel dürfte sich hienach schwerlich sehr von der Wahrheit entfernen:

> *S. p. A^m A^m N^o N^o rem q. d. a. ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam eoue nomine satisfactum esse aut per N^m N^m stetisse, quo minus solueretur, eamque rem A^o A^o redditam non esse, quanti ea res erit,* et rel.

Freilich aber werden wir neben dieser in factum concipirten Formel noch eine zweite in ius concipirte anzunehmen haben. Dafür spricht, wenn gleich nicht entscheidend[9]), so doch als Wahrscheinlichkeitsgrund schon der Umstand, dass die pigneraticia nach § 28 I. de act. (4. 6) und c. 6 h. t. zu den bonae

1) D. (13. 7), C. (4. 24).

2) Fr. 9, 11, 13, 15 h. t. Fr. 13 ist fälschlich Ulp. 38 inscribirt.

3) Fr. 14, 16, 18, 20 h. t., fr. 36 de euict. (21. 2) — Recht des Kaufs analog herangezogen —. Vgl. auch Paul. lib. 6 breu. fr. 21 h. t.

4) Fr. 10, 12 h. t., fr. 9 de pignor. (20. 1), fr. 2 quib. mod. pig. (20. 6).

5) Fr. 28 h. t., cit. fr. 7 pr. de distr. pign. (20. 5), fr. 3 § 5 commod. (13. 6).

6) Cf. fr. 1 § 1 de R. C. (12. 1) v. „praetor . . . . de pignore edixit“.

7) Fr. 11 § 6. 7 sehe ich als einen durch fr. 11 § 5 veranlassten Excurs an.

8) Fr. 13 § 1 h. t.: Venit autem in hac actione et dolus et culpa. Darum „redditam non esse“ schlechtweg und nicht: dolo malo N^i N^i redditam non esse.

9) Vgl. Wlassak, z. Gesch. d. neg. gestio (1879) S. 2 fgg.

fidei iudicia zählt; dafür spricht ferner — und das halte ich für ausschlaggebend —, dass es neben der directa auch eine contraria pigneraticia gibt[1]): denn soweit ersichtlich, ist allen Geschäften, denen directae und contrariae actiones entspringen, eine formula in ius concepta oder doch auch eine solche eigen, und dies hat den guten Grund, dass nur bei solcher Conception eine Zusammenziehung der beiden Actionen in eine Formel möglich war (quidquid alterum alteri d. f. o. ex f. b.).

Ein schwerer Missgriff Rudorffs, der schliesslich nicht unerwähnt bleiben kann, ist, dass er im E. P. § 100 die actio pigneraticia und fiduciae zusammenfasst: letztere gehört an ganz andern Ort (s. § 107).

§ 100. DE COMPENSATIONIBUS[2]).

Ulp. 28[3]), Gai. 9[4]).

Gai. IV 64 (vgl. 65—68):

> Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur: nam is cogitur cum conpensatione agere, et ea conpensatio uerbis formulae exprimitur: adeo quidem, u*t* ab initio conpensatione facta minus intendat sibi dar*i* oportere: ecce enim si *sestertium* decem milia de*b*eat Titio atque ei uiginti debeantur, sic intendit: SI PARET TITIUM SI*BI* DECEM MILIA DARE OPORTERE AMPLIUS QUAM I*PS*E TITIO DE*B*ET.

Hienach lautete die ganze Formel ohne Zweifel:

> S. P. N^m^ N^m^ A° A° SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE[5]) AMPLIUS QUAM A^s^ A^s^ N° N°[6]) DEBET[7]), *IUDEX, N^m^ N^m^ A° A° SESTERTIUM DECEM MILIA C. S. N. P. A.*

Die spätere Entwicklung des Compensationsrechts — § 30 I. de act. (4. 6) — bleibt für uns ausser Betracht.

1) Ulp. 28 fr. 9 pr. h. t., Paul. 29 fr. 16 § 1 h. t.

2) D. (16. 2), C. (4. 31). Die Stellung der compensatorischen Klage hinter Commodat- und Pfandklage (anders Rudorff, E. P. § 98) ergibt sich aus Paul. sent. II 5 § 3 vgl. mit II 4 u. II 5 § 1. 2.

3) Fr. 7 h. t., fr. 43 pr. de R. J. (50. 17).

4) Fr. 5, 8 h. t.

5) Ulp. 28 fr. 43 pr. de R. J. (50. 17).

6) Ei pro quo N^s^ N^s^ fideiussit: Gai. 9 fr. 5 h. t.

7) Das Wort ist echt und nicht durch dare oportet zu ersetzen: vgl. Eisele, die Compensation (1876) S. 24. 28 fg. S. auch Ulp. 28 fr. 7 pr. h. t.: Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies uenit, quamquam dari oporteat. Auch Gai. 9 fr. 8 h. t.: In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est.

Tit. XVIII.

QUOD CUM MAGISTRO NAUIS, INSTITORE EOUE, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ERIT.

Ulp. 28. 29, Paul. 29. 30, Gai. 9, Julian. 11. 12.

§ 101. DE EXERCITORIA ACTIONE[1]).

Ulp. 28[2]), Paul. 29[3]), Gai. 9[4]).
Gai. IV 71[5]):

> . . . . exercitoria locum habet, cum pater dominusue filium seruumue magistrum nau*i* praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositu*s* fuerit, [negotium] gestum erit . eum enim ea quoque res ex uoluntate patris dominiue contrahi uideatur, aequissimum esse uisum est in solidum actio*nem* dari: quin etiam licet extraneum quisqu*e* magistrum nau*i* praeposuerit, siue seruum siue liberum, tamen ea pr*a*etoria actio in eum redditur.

Das Edict de exercitoria actione lässt sich aus Ulpians Commentar mit völliger Sicherheit reconstruiren. Nach Gaius' Bericht hat es den Anschein, als ob wir zwei Clauseln anzunehmen hätten, deren erste den Fall vorsah, wo der magister nauis in der Gewalt des exercitor stand, während die zweite sich auf Contracte mit einem aus der Zahl der extranei genommenen magister bezog. Indessen war für eine solche Zweiteilung kein innerer Grund, sie findet in Ulpians Commentar keine Bestätigung und die Darstellungsweise des Gaius erklärt sich sehr einfach aus dem Zusammenhang, in dem er die actio exercitoria berührt: er handelt IV 69 sq. von den Klagen aus den Geschäften der Gewaltunterworfenen und konnte also die weitere Ausdehnung der actio exercitoria nur anhangsweise erwähnen.

In Ulpians Commentar finden wir zunächst der Reihe nach folgende Worte erläutert:

> Magister: fr. 1 § 1—5 h. t.
> Nauis: fr. 1 § 6 h. t.
> Gestum eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit: fr. 1 § 7—14 h. t.[6])
> In eum, qui nauem exercuerit (oder ähnlich): fr. 1 § 15—18 vgl. § 19 h. t.

Hienach kann das Edict kaum anders als so gelautet haben:

1) D. (14. 1), C. (4. 25).
2) Fr. 1, 4 h. t. Fr. 4 ist fälschlich Ulp. 29 inscribirt.
3) Fr. 3, 5 h. t., fr. 16 de instit. act. (14. 3). Vgl. auch Paul. 6 breu. fr. 6 h. t. Fr. 16 de instit. act. enthält eine der Analogie halber gemachte Nebenbemerkung.
4) Fr. 2 h. t.
5) Vgl. § 2 I. quod cum eo (4. 7).
6) Fr. 1 § 7 cit.: Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius (*scr.* cui) ibi praepositus fuerit. Fr. 1 § 8: an eius rei nomine uideatur gestum. Fr. 1 § 13: quodcumque cum uno gestum erit. Vgl. auch fr. 7 pr. h. t. Ueber praepositus s. besonders fr. 1 § 12 h. t.

QUOD CUM MAGISTRO NAUIS GESTUM ERIT EIUS REI NOMINE, CUI IBI PRAEPOSITUS FUERIT, IN EUM, QUI EAM NAUEM EXERCUERIT, IUDICIUM DABO.

An Obiges schloss sich noch ein bei Gaius nicht erwähnter Zusatz, der bei Ulp. 28 fr. 1 § 19 h. t. wörtlich erhalten und in fr. 1 § 20—23 commentirt ist:

SI IS, QUI NAUEM EXERCUERIT, IN ALIENA POTESTATE ERIT EIUSQUE UOLUNTATE NAUEM EXERCUERIT, QUOD CUM MAGISTRO EIUS GESTUM ERIT, IN EUM, IN CUIUS POTESTATE IS ERIT QUI NAUEM EXERCUERIT, iudicium datur.

Bei fr. 1 § 24 springt Ulpian augenscheinlich zu den Formeln[1]) über, die den beiden Sätzen des Edicts entsprechen. Leider erfahren wir aus den spärlichen erhaltenen Fragmenten nur so viel mit Sicherheit, dass unsere actio „ex persona magistri“ erteilt wurde[2]). Die intentio war also ohne Zweifel auf die Person des Magisters gestellt, und eben dahin deutet auch, dass Paulus in fr. 5 § 1 h. t. es notwendig findet, zu betonen, dass mit der actio exercitoria keineswegs die actio aduersus magistrum habe ausgeschlossen werden wollen: „hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur.“ Im Uebrigen sind wir hinsichtlich der Construction der Formeln auf Erwägungen allgemeiner Natur und auf Analogieschlüsse angewiesen: man vergleiche die Ausführungen über die actio institoria und de peculio (§ 102. 104).

§ 102. DE INSTITORIA ACTIONE[3]).

Ulp. 28[4]), Paul. 30[5]), Gai. 9[6]), Julian. 11[7]).

Gai. IV 71:

Institoria . . . formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium seruumue aut quemlibet extraneum siue seruum siue liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus est, contractum fuerit: ideo autem institoria uocatur, quia qui tabernae praeponitur, institor appellatur: quae et ipsa formula in solidum est.

Der Commentar Ulpians, auch hier unsere Hauptquelle, ergibt — kaum irgend zweifelhaft — folgende Edictsworte:

Quod cum institore[9]) *gestum erit eius rei nomine, cui praepositus fuerit*[10]), *in eum, qui eum praeposuerit*[11]), *iudicium dabo.*

1) Fr. 4 § 4 h. t.: hae actiones.
2) Fr. 1 § 24 h. t.
3) D. (14. 3), C. (4. 25).
4) Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15 h. t., fr. 43 pro socio (17. 2) cf. fr. 13 i. f. h. t., fr. 183, 185 de V. S. (50. 16).
5) Fr. 4, 6, 17 h. t., fr. 184 de V. S. (50. 16).
6) Fr. 2, 8, 10 h. t.
7) Fr. 12 h. t., cit. fr. 14 de in rem uerso (15. 3). Bezüglich letzterer Stelle (wofern deren Inscription richtig ist) vgl. etwa fr. 13 i. f. h. t.
8) Vgl. § 2 I. quod cum eo (4. 7).
9) Fr. 3, 5 pr.—§ 10 h. t.
10) Fr. 5 § 11—16 h. t. Mit fr. 5 § 11 h. t. vgl. fr. 1 § 7 de exerc. act. (14. 1). S. auch c. 3 h. t.
11) Fr. 5 § 17. 18, fr. 7, 9, 11 pr.—§ 6 h. t. Die Worte „de quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur“ in fr. 11 § 2 sehen auf den ersten Blick wie eine dem Edict vom Prätor selbst beigefügte Ausnahme aus. Der Commentar ergibt aber, dass Ulpian auch in fr. 11 § 2—6 lediglich das Wort „praeposuerit“ zur Vorlage hat. S. fr. 11 § 2: is praepositi loco non habetur; § 5: condicio autem praepositionis seruanda est; § 6: praepositi loco non habetur.

Was die Formel angeht, so ist es zunächst — ganz im Gegensatz zu dem, was Bekker (Aktionen II S. 334 fg.) ausführt[1]), — überaus unwahrscheinlich, dass in derselben dass Wort institor vorkam, ja das Gegenteil so gut wie gewiss. Denn, hätte Bekker Recht, so könnte, wie mir scheint, Gaius l. c. nicht sagen:

> ideo autem institoria uocatur, quia qui tabernae praeponitur, institor appellatur.

Vielmehr erhellt aus dieser Aeusserung, dass, wofür auch das „tabernae uel cuilibet negotiationi" bei Gaius spricht, die Formel in ihrem Musterfall den institor als tabernae praepositus bezeichnete, und dieser Schluss wird schlagend dadurch bestätigt, dass Ulp. 28 in fr. 183. 185 de V. S. — vgl. auch Paul. 30 fr. 184 de V. S. — die Worte „taberna instructa" erläutert, Worte, die nur unserer Formel angehört haben können[2]).

Weiter ist gewiss, dass in der Formel das mit dem Institor abgeschlossene Geschäft bezeichnet war. Dies ergeben nämlich die Worte, mit denen Paul. 30 fr. 4 h. t. die Anwendung der institoria auch auf etwaige Hausirgeschäfte des Institor rechtfertigt:

> nec mutat causam actionis locus uendendi emendiue, cum utroque modo uerum sit institorem emisse aut uendidisse.

Wenden wir uns nun nach diesen vorläufigen Bemerkungen zu Ulpians Commentar. Hier beginnt die Erörterung der Formel deutlich bei fr. 11 § 7 und umfasst fr. 11 § 7. 8, fr. 13, 15 h. t. Zuerst wird hervorgehoben, dass die institoria und die tributoria sich in ihrem Anwendungsgebiet gegenseitig ausschliessen. Die letztere setzt auf Seiten des Gewaltunterworfenen ein negotiari merce peculiari voraus (s. § 103), die erstere umgekehrt ein negotiari dominica merce:

> Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet: neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica . quod si non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio.

Fragen wir, auf welches Formelstück diese Bemerkung sich bezogen haben mag, so kann es nur dasjenige gewesen sein, worin der contrahirende Institor als solcher bezeichnet war, etwa als „*a N° N° tabernae instructae praepositus*". Diese Worte lassen ihn als blossen Angestellten des dominus erkennen und gaben so Anlass zu obiger Bemerkung.

Fr. 11 § 8 geht bereits auf einen andern Teil der Formel, denjenigen, der den abgeschlossenen Contract bezeichnete:

> Si a seruo tuo operas uicarii eius conduxero et eum merci meae institorem fecero isque tibi mercem uendiderit, emptio est: nam cum

1) Bekker sagt a. a. O.: „Es ist nicht zu beweisen, aber zu vermuten, dass, wie die Römer Partien des Edicts nach den Anfangsworten zu nennen pflegten, ebenso die Namen der Aktionen nach den auffälligen Worten in den Anfangsstücken der Formeln gegeben wurden". Mir scheint, dass die Aktionenbezeichnungen nach sehr verschiedenen Rücksichten entstanden sind — man vergleiche z. B. etwa die Bezeichnungen Publiciana, praescriptis uerbis, confessoria, hypothecaria, rei uindicatio — und dass daher Bekkers Argumentation sehr bedenklich ist.

2) Vgl. auch Ulp. 28 fr. 3 h. t.: nec multum facit, tabernae sit praepositus an cuilibet alii negotiationi. Die taberna muss auch hienach irgendwie eine besondere Rolle im Album gespielt haben.

> dominus a seruo emit, est **emptio**, licet non sit dominus obligatus, usque adeo, ut etiam pro emptore et possidere et usucapere dominus possit.

Offenbar begegnet hier der Jurist dem Zweifel, ob, wenn der Institor Sklave eines Dritten ist und mit diesem seinem eigenen Herrn ein Kaufgeschäft abgeschlossen hat, dies Geschäft auch juristisch als *emisse* bezeichnet werden könne.

Nach dem Edict wird verlangt, dass der Institor das Geschäft „*eius rei nomine, cui praepositus fuerit*“, abgeschlossen habe. Das muss auch in der Formel zum Ausdruck gekommen sein[1]), und zweifellos bezieht sich die bei Ulpian nächst folgende Stelle auf die betreffenden Formelworte, fr. 13 pr. h. t.:

> Habebat quis seruum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse . licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait.

Die bisher aufgedeckten Formelteile geben uns keinen Aufschluss darüber, ob die Musterformel in ius oder in factum concipirt war: wir können uns dieselben ebenso wohl in eine intentio in factum concepta wie in eine demonstratio eingefügt denken. Nunmehr aber folgt im Commentar eine Stelle, die m. E. ein sehr schweres Gewicht für die intentio in ius concepta in die Wagschale wirft und bis jetzt noch nirgends in dieser Richtung benutzt ist, fr. 13 § 1 h. t.:

> Meminisse autem oportebit, institoria dominum ita demum teneri, si non nouauerit quis eam obligationem uel ab institore uel ab alio nouandi animo stipulando.

Die Obligation, von deren Novation Ulpian hier spricht, ist natürlich die des Institors[2]): die Möglickkeit einer Novation der **adjecticischen** Obligation des dominus zu berühren hatte der Jurist keinerlei Veranlassung, und nur auf die Obligation des Institor bezogen, hat es Sinn, dass es am Schlusse heisst: uel ab institore uel ab alio stipulando. Nun steht fr. 13 § 1 genau an der Stelle des Commentars, wo, **wenn** die Formel in ius concipirt war, die intentio in ius concepta behandelt gewesen sein muss, und es ist klar, dass ein „*quidquid ob eam rem Lucium Titium A° A° dare facere oportet*“, wenn es in der Formel stand, den Gedanken an die Möglichkeit der Novation ganz notwendig aufdrängte, während derselbe Gedanke bei Concipirung in factum ganz fern lag. Weiter aber kommt in Betracht, dass die Obligation des Institor von Ulpian nur so kurzweg als „ea obligatio“ bezeichnet wird, ohne dass zuvor irgendwie davon die Rede war: spricht dies nicht ganz entschieden dafür, dass die Bemerkung Ulpians sich an ein von ihm citirtes, von den Compilatoren aber gestrichenes Formelstück anlehnte, in welchem die Obligation des Institor

1) Vgl. auch fr. 8 quod cum eo (14. 5): negabat eo nomine se conueniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset.

2) So auch das schol. 47 (Steph.) in Basil. suppl. ed. Zachariae p. 172.

verkörpert war? Ist schon hienach die intentio in ius concepta überaus wahrscheinlich, so wird diese Wahrscheinlichkeit noch erhöht durch fr. 12 h. t. Hier behandelt Julian den vorhin erwähnten Fall, wo Jemand mit seinem eigenen Sklaven, der Institor eines Andern ist, contrahirt hat, und gewährt dem dominus eine utilis institoria. Eine utilis: warum nicht die directa[1])? Concipirt man die Formel in factum, so muss man die Antwort hierauf schuldig bleiben; den einzigen Zweifel, der bei solcher Concipirung auftauchen konnte — ob nämlich ein „emisse" zwischen Herrn und Sklaven möglich sei —, diesen Zweifel hat, wie wir gesehen haben, Ulpian in fr. 11 § 8 als unbegründet hingestellt. Bei Concipirung in ius dagegen ergibt sich die Antwort von selbst: ein Sklave kann sich civil nicht verpflichten, zumal seinem eigenen Herrn, auf ihn passt also die intentio „quidquid dare facere oportet" nicht, sie muss durch die Fiction „si liber esset ex iure Quiritium[2])" auf ihn anwendbar gemacht werden. Da das Edict über die actio institoria den institor nicht als Sklaven bezeichnet, so ist nach aller Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass auch die Musterformel, wenigstens die in erster Reihe proponirte, dies nicht tat, und so musste naturgemäss die institoria ficticia aus Contracten eines seruus institor zur utilis institoria werden, einerlei ob, was ich für sehr wahrscheinlich halte, diese utilis im Edict ebenfalls proponirt war oder nicht. Freilich nun ist fr. 12 h. t. die einzige Stelle, wo die institoria in dieser Anwendung als utilis bezeichnet ist: überall sonst, so oft wir ihr auch in der Anwendung auf serui institores begegnen, heisst sie schlechtweg institoria. Man könnte versucht sein, daraus den Schluss zu ziehen, dass gerade nur der besondere Fall des fr. 12 die Ursache einer veränderten Conception gewesen, dass mithin unsere Construction, die jenen Fall gar nicht besonders auszeichnet, nicht richtig sein könne. Dieser Einwand wiegt sehr leicht. Vor Allem ist es bedenklich, aus dem blossen Schweigen der Digestenüberlieferung in Formelconstructionsfragen irgend welche Schlüsse zu ziehen. Die Scheere der Compilatoren hat gerade in dieser Richtung erbarmungslos gehaust, und was für ein Interesse hatten sie, die Erinnerung an die besondere Conception der institoria aus Contracten eines seruus institor zu conserviren? Was würde man sagen, wenn Jemand daraus, dass nur in einem einzigen Digestenfragment[3]) von einer quasi Publiciana die Rede ist, folgern wollte, diese

1) Dass in fr. 12 cit. als Gegensatz der utilis actio die directa und nicht etwa die inutilis zu denken ist, folgt m. E. aus dem Zusammenhang „utilis . . actio . . . competet", der bei letzterer Deutung eine sehr harte Tautologie bieten würde.

2) Wegen des Zusatzes ex iure Quiritium, der das von Dernburg, krit. Zschr. I S. 8 n. 4, angeregte Bedenken erledigt, vgl. Cic. pro Caec. c. 33 § 96. Er ist von Huschke (Gaius, S. 76) zuerst vorgeschlagen und sodann auch von Keller, Jahrbb. des gem. Rts. S. 195 n. 41, recipirt. Ueber die Fiction „si liber esset" überhaupt wird im Text weiter unten noch näher gehandelt werden. Man kann zweifeln, ob man die Fiction auf si liber fuisset (scil. tempore contractus)" oder auf „si liber esset" stellen soll. Gegen erstere Fassung spricht, dass dadurch der Judex nicht angewiesen wird, den gegenwärtigen Sklavenstand des Institor zu ignoriren. Gegen letztere, dass aus der gegenwärtigen Freiheit des Institor noch nicht folgen würde, dass er auch zur Zeit des Contracts frei gewesen und mithin aus dem Contract obligirt worden sei. Aber die Ergänzung des letztern Mangels konnte m. E. von dem Ermessen eines verständigen Judex eher erwartet werden als die des erstern. Uebrigens bleibt auch die Möglichkeit, dass der Prätor beide Fictionen combinirte, z. B si liber uendidisset et esset.

3) Fr. 70 de R. V. (6. 1).

Klage sei in allen übrigen Fällen gleichlautend erteilt worden? Die Bezeichnung utilis institoria kann also sehr wohl von den Compilatoren principiell gestrichen und in fr. 12 aus Versehen stehen geblieben sein, etwa desshalb, weil sie irrig diese Bezeichnung mit der ausserordentlichen Natur des Falls in Zusammenhang brachten. Aber es bedarf nicht einmal dieser Annahme: es ist sehr möglich, dass die classischen Juristen selber die ficticische institoria gewöhnlich schlechtweg „institoria" nannten. Waren doch die weitaus meisten Institoren Sklaven und war doch, wie ich selbst glaube, die ficticische institoria im Edict proponirt! Dann bliebe nur zu erklären, warum Julian gerade im Fall des fr. 12 die Conception der Klage als utilis betont, und dies scheint mir keineswegs schwierig. Der ungewöhnliche Fall, dass Jemand aus Contract mit seinem eigenen Sklaven gegen einen Dritten klagen will, scheint auf den ersten Blick eine ausserordentliche Behandlung zu verlangen. Julian hatte daher Ursache, darauf aufmerksam zu machen, dass die Fiction „si liber esset ex iure Quiritium" auch für diesen Fall ausreiche, er hatte Ursache, die ficticische Fassung der utilis institoria zu betonen. Dieser Zusammenhang wird in dem ursprünglichen Wortlaut des fr. 12 klar hervorgetreten und erst durch die Hand der Compilatoren, die ja selbst das Wort ficticia nirgends (auch bei keiner andern ficticia actio) haben stehen lassen, verwischt worden sein.

Ich habe mich im Obigen bemüht, die intentio der institoria direct aus den positiven Quellenzeugnissen zu deduciren, ohne auf allgemeine Erwägungen einzugehen. Es ist leicht, zu zeigen, dass auch diese letztern entscheidend für die nachgewiesene Conception sprechen. Man setze sich in die Lage des Prätors, der die institoria einführte. Er will den dominus aus den Geschäften des institor haftbar machen, so haftbar machen, wie der institor selbst haftbar ist oder sein würde, wenn er kein Sklave wäre. War es nicht das nächste und natürlichste, dass er an der aus diesen Geschäften abfliessenden Formel nur so viel änderte, als sein Zweck es erforderte, dass er, soweit irgend möglich, es vermied, aus den mit so überlegter Feinheit construirten Formelgebäuden, an deren Interpretation sich das gesammte Contractsrecht anlehnte, wesentliche Bausteine herauszunehmen? Wurde er nicht mit zwingender Notwendigkeit auf unser Schema hingedrängt, welches den Judex unter Benutzung der für den betreffenden Fall gegebenen Formelworte anweist, zu untersuchen, was der institor schulde oder schulden würde, und darauf dann den dominus zu condemniren?

Aber freilich: man hat gegen unsere Fassung, die von Keller[1]) zuerst vorgeschlagen wurde, auch heute noch der herrschenden Meinung entspricht und für alle adjecticischen Klagen gleicher Massen festgehalten werden muss, eine Reihe von Einwendungen erhoben. Ich werde diese sofort in Betracht ziehen und will zuvor nur noch die Reconstruction der Formel zu Ende führen.

Auf die Bemerkung zur intentio folgen bei Ulpian in fr. 13 § 2 h. t. solche zur condemnatio der Formel, endlich in fr. 15 h. t. die übliche

1) Litiscontest. u. Urt. S. 432 vgl. S. 420 fgg.

Schlussnotiz über Dauer und Vererblichkeit der Klage. Danach komme ich im genauen Anschluss an den Commentar zu folgender Formel:

Quod Ns Ns de Lucio Titio, cum is a No No tabernae instructae praepositus esset[1]*, decem pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a No No praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium Ao Ao dare facere oportet ex fide bona*[2]*, eius iudex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.*

Die Frage nach der Fassung der intentio kehrt bei allen adjecticischen Klagen in gleicher Weise wieder, und bei der engen Verwandtschaft dieser Klagen muss die Antwort für eine derselben zugleich auch als Antwort für alle andern gelten. Eben desshalb geht es nicht an, das Princip dieser Formulirung unter Beschränkung auf die institoria zu erörtern, ist es vielmehr notwendig, die erhobenen Einwendungen von einem allgemeineren Standpunkt zu prüfen. Der Angriff Dietzels[3], der durch die vernichtende Erwiderung Kellers[4] wohl für alle Zeit seine Erledigung gefunden hat, kann hiebei auf sich beruhen. Dagegen fordern die von Mandry[5] und Brinz[6] gegen die Keller'sche Conception geltend gemachten Gründe nähere Erwägung.

Brinz legt entscheidendes Gewicht darauf, dass in den Quellen als Grund der adjecticischen Klagen immer das Geschäft und nicht die Obligation des contrahirenden Subjects — exercitor, institor, Hauskind u. s. w. — angegeben werde[7]: das vertrage sich nicht mit einer auf diese Obligation abgestellten intentio, nötige vielmehr zur Annahme einer in factum concipirten, auf die Tatsache des Geschäfts abgestellten. Man wird dieser Argumentation schwerlich beitreten können. Mir scheint die Ausdrucksweise der Quellen vollkommen correct, auch wenn die Formel in ius concipirt war. Die Fassung der intentio mochte auf die nähere Gestaltung der Haftung einwirken; nimmermehr aber konnte die Form, in der diese Haftung prozessualisch auftrat, den römischen Juristen den legislativen Grundgedanken dieser Actionen verdecken: dass man unter gewissen Voraussetzungen aus Geschäften eines Andern verantwortlich werden kann. Es war dies um so weniger möglich, als ja die Sklaven, die hier überall praktisch in erster Linie in Betracht kamen, selber gar nicht obligirt wurden.

Mandry hat unter dem Beifall von Brinz eine Reihe von Fällen herangezogen, in denen die Keller'sche Formulirung in ius eine Verurteilung des Gewalthabers oder Geschäftsherrn überhaupt oder doch eine solche, wie sie in den Quellen vorausgesetzt sei, unmöglich mache. Vor Allem den Fall, wo der contrahirende Haussohn oder Sklave gestorben sei, wo doch von einem civilen Verhaftetsein des Contrahenten oder eines Successors keine Rede sein

1) Utilis actio, wo nicht mit einem eigentlichen institor contrahirt ist: fr. 5 § 7. 8, fr. 16, 19 pr. h. t., c. 5, 6 de exerc. et instit. act. (4. 25). In fr. 19 pr. ist an einen Fall zu denken, wo das accipere pecunias mutuas nicht Bestandteil eines Geschäftsbetriebs bildet, sondern nur einfach ein Procurator mit Vollmacht zur Darlehensaufnahme ernannt ist.

2) Utilis mit Rescission der prozessualen Consumtion: fr. 13 pr. h. t.

3) Jahrbb. des gemeinen Rechts II S. 1 fgg. 415 fgg.

4) Ebendaselbst III S. 153 fgg.

5) Familiengüterrecht, II S. 259 fgg.

6) Pandekten (2. Aufl.) II S. 203 fgg.

7) a. a. O. S. 204 n. 4. 5.

könne, gleichwohl aber der Gewalthaber beschränkt oder unbeschränkt forthafte[1]). Allein, wenn gegen den Gewalthaber des lebenden Sklaven mit der Fiction „*si liber esset, tum si Stichum . . . . . . oporteret*“ geklagt wurde, so kann die Annahme einer Fiction „si Stichus liber fuisset, tum si heredem eius . . . . oporteret“ oder einer ähnlichen (z. B. unpersönlich „*tum si eius nomine dari oporteret*“) keine Schwierigkeit machen. Ebenso erledigt sich ein zweiter Fall, der schon oben besprochen ist: wenn das Geschäft, aus dem die adjecticische Klage erhoben wird, zwischen dem Gewalthaber selbst und der seiner Gewalt unterworfenen Person abgeschlossen ist[2]). Wir haben gesehen, dass hier die Quellen selbst, indem sie die adjecticische Klage als utilis bezeichnen, auf die Fiction „si liber (suae potestatis) esset“ hindeuten, die in der Tat alle Bedenken beseitigt. Zum Dritten führt Mandry an: der dominus tabernae hafte der institoria actio gegenüber auch aus dem Geschäft eines institor impubes und zwar in solidum — fr. 7 § 2, fr. 8 h. t. —, während letzterer selber nach älterm Rechte gar nicht, seit dem rescriptum diui Pii immer doch nur bis zum Belaufe seiner Bereicherung hafte. Auch hier ist durch Fiction „*si pubes fuisset*“ leicht zu helfen. Freilich nun hat Mandry[3]) die Annahme derartiger Fictionen und speciell derjenigen der Freiheit ausdrücklich bekämpft. Die Haftung des Herrn aus Geschäften des Sklaven sei, so wirft er ein, der wichtigste Fall der adjecticischen Klagen gewesen: durch die Keller'sche Conception werde die auf diesen Hauptfall passende Klage naturwidrig zu einer erst mühsam adaptirten Nebenform der weit weniger wichtigen Klage aus den Geschäften des Freien, speciell des Haussohns. Er hebt ferner hervor, „dass sowohl bezüglich der ex negotiis seruorum resultirenden Klagen als bezüglich der nach dem Wegfalle der contrahirenden Person anzustellenden, zum Teil ausdrücklich im Edict erwähnten Actionen die Quellen nirgends weder abweichende Formulirungen noch auch nur Formulirungsschwierigkeiten andeuten.“ Auf die Bedenklichkeit dieses letztern Arguments habe ich schon oben aufmerksam gemacht und verweise hier wiederholt auf die Analogie der Publiciana, bei der es sogar in solchen Fällen, wo das ganze Formulirungsprincip aufgegeben werden musste[4]), in der Justinianischen Compilation nur schlechtweg heisst: Publiciana competit. Nimmt man ferner mit mir an, dass das Edict selbst auch die ficticische intentio für das Sklavengeschäft proponirte, so wird die Geringfügigkeit der Ausbeute, die die Quellen für die Conceptionsfrage gewähren, um so leichter begreiflich und kann man auch der Keller'schen Ansicht nicht mehr vorwerfen, dass nach ihr die Formel für den wichtigsten Fall erst adaptirt werden müsse: sie war im Album schon adaptirt. Dass es nun aber an Spuren abweichender Formulirung in den von Mandry angeführten Fällen gänzlich fehle, ist endlich nicht einmal richtig. Zunächst ist hier das bereits besprochene fr. 12 h. t. anzuführen. Ferner tritt die Fiction der Freiheit deutlich hervor in den schon von Keller[5]) angeführten Stellen: fr. 24 § 2 de

1) Fr. 4 § 3 de exerc. act. (14. 1), fr. 18 ad SC Maced. (14. 6), fr. 1 pr. sqq. quando de pec. (15. 2).

2) Fr. 11 § 8, fr. 12 de instit. act. (14. 3).

3) a. a. O. S. 262 fgg.

4) Vgl. z. B. fr. 7 § 7, fr. 12 § 2. 3 de Public. (6. 2).

5) Litiscont. u. Urt. S. 427.

A. E. V. (19. 1) und fr. 12 i. f. de duob. reis (45. 2). Für besonders sprechend halte ich die erstere Stelle, wo es von der actio de peculio heisst:

> in dominum .... sic datur, ut emptor eadem consequatur, quae libero uendente consequi debuisset, sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur.

In dieselbe Kategorie gehört fr. 19 § 2 de noxal. act. (9. 4), wo indess nicht von der ausgedrückten Fiction die Rede ist:

> Si seruus tuus nauem exercuerit eiusque uicarius et idem nauta in eadem naue damnum dederit, perinde in te actio danda est ac si is exercitor liber et hic uicarius seruus eius esset, ut de peculio serui tui ad noxam[1]) dedere uicarium damneris.

Weiter ist es hinsichtlich der nach dem Tode des Haussohns oder Sklaven gewährten actio annalis de peculio nicht bloss wahrscheinlich, sondern sogar sicher, dass sie von der gewöhnlichen actio de peculio abweichend concipirt war: es handelt sich bei dieser Klage nicht etwa bloss um eine exceptio annalis, die auf Verlangen des beklagten Gewalthabers erteilt wird, sondern um eine besondere Formel (mit ständiger Annalexception), die nach dem Tode des Gewaltunterworfenen die jetzt unbrauchbare actio de peculio ersetzte: der Kläger ist es, der sich die Annalformel erbitten muss, wenn er nicht seinen Prozess verlieren will. Dies ergibt sich klar aus fr. 1 § 10 quando de peculio (15. 2):

> Quaesitum est apud Labeonem, si, cum filius uiueret, tu credens eum mortuum annali actione egeris ...

Endlich wirft auch noch fr. 49 pr. de V. O. (45. 1) ein entscheidendes Gewicht gegen Mandry's Bedenken in die Wagschale:

> Cum filius familias Stichum dari spoponderit et, cum per eum staret quo minus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus. at si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est.

Warum wird im zweiten Fall der Stelle utilis actio erteilt? Es gibt schlechterdings keine andere Erklärung dafür als die, dass die Obligation des Haussohns hier untergegangen ist und also die gewöhnliche intentio der actio de peculio, die auf eben diese Obligation abgestellt ist, nicht mehr zutrifft[2]). Wird man sich der Folgerung entziehen können, dass der Fall der Stelle nicht der einzige ist, wo es einer solchen utilis actio bedarf, dass vielmehr ein Gleiches überall gilt, wo die Obligation des Gewaltunterworfenen untergegangen ist, ohne dass die aequitas gleichzeitiges Freiwerden des Gewalthabers zuliesse?

Ist es mir gelungen, im Bisherigen die Hauptbedenken Mandry's zu widerlegen, so wird ein letzter von ihm vorgebrachter Zweifelsgrund am wenigsten Schwierigkeit machen. Es steht bekanntlich fest, dass nach dem Tode des der actio institoria, exercitoria oder quod iussu verhafteten Schuldners der einzelne Erbe nur pro parte hereditaria haftet[3]): Mandry meint nun, da

1) Aut noxae (Keller)?
2) S. Mandry selbst, a. a. O. S. 306.
3) Vgl. fr. 14 de instit. (14. 3), fr. 7 quod cum eo (14. 5).

ja die Schuld des institor, magister nauis u. s. f. durch das Eintreten mehrerer Erben an die Stelle des einen Geschäftsherrn, bezw. Gewalthabers nicht geteilt werde, so sei, wenn wirklich die intentio einfach auf jene Schuld gestellt gewesen sei, nicht abzusehen, wie eine Verurteilung des einzelnen Miterben bloss pro rata habe erfolgen können. Ich könnte die Lösung dieses Rätsels unter dem blossen Hinweis auf die actio Rutiliana ablehnen: stirbt der bonorum emptor unter Hinterlassung mehrerer Erben, so gibt uns diese, deren Fassung zweifellos ist, genau dasselbe Rätsel auf. Liegt aber denn hier wirklich ein Rätsel vor? M. E. ist klar, dass in jeder nach Art der Rutiliana gebildeten Formel, so oft an Stelle des ursprünglich Verhafteten dessen Erbe trat, das Erbverhältniss ausdrücklich angegeben werden musste. Woran hätte denn der Judex sonst erkennen sollen, dass die Verurteilung den Nachweis dieses Erbverhältnisses voraussetze? Musste also der Beklagte, auch wenn er heres ex asse war, irgendwo in der Formel als solcher bezeichnet sein — am wahrscheinlichsten in der condemnatio —, so werden wir, wenn seine Haftung eine bloss partielle war, der condemnatio einfach ein „pro qua parte Lucio Titio heres est“ anzufügen haben. In der Regel aber wird man sich hier, wie sonst, der interrogatorischen Formeln bedient haben. Jedenfalls muss die Frage der Partial- oder Solidarhaftung in iure zur Sprache und Erledigung gekommen sein[1]). —

Ich glaube hiemit gezeigt zu haben, dass die Keller'sche Conception allen gegen sie erhobenen Angriffen Stich hält. Werfen wir nun zum Schluss auch noch einen Blick auf die im Gegensatz zu ihr gemachten Formulirungsvorschläge. Dieselben sind doppelter Art. Mandry und Brinz halten eine Formulirung in factum, jener für möglich[2]), dieser für erwiesen[3])[4]). Gegen diese Conception spricht einfach Alles, was für die Keller'sche Conception spricht. Dieselbe lässt die nachgewiesenen Fälle der utilis actio unerklärt und ist (und das ist mir schon allein entscheidend) überhaupt unnatürlich und zweckwidrig. Wenn der Prätor den Principal des Institor u. s. w. nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Kaufs und der andern Contracte haftbar machen wollte, wie konnte er die gewöhnliche Formel aus diesen Contracten aufgeben? Ist es etwa ganz gleichgiltig, ob die Formel den Judex auf die bona fides verweist oder nicht? Mandry[5]) denkt sich die intentio der actio uenditi de peculio etwa so:

S. p. A^m^ A^m^ Titio . . . . hominem Stichum uendidisse.

So einfach sind bekanntlich die wirklich überlieferten formulae in factum conceptae von Contractsklagen nicht gefasst. Die Mandry'sche Formel hätte den Judex in die grösste Verlegenheit gesetzt. Nichts in dieser Formel erinnerte ihn daran, dass hier das reguläre Recht der actio uenditi angewendet

1) Darum auch in fr. 14 de instit. act.: in solidum actio dari debet, und weiter: heredum quisque pro sua parte conueniendi sunt. Ebenso in fr. 7 quod cum eo (14. 5): an heredes, pro qua parte quisque successisset, mallet conuenire.

2) a. a. O. S. 265 wird ihr „die Bedeutung einer Hypothese“ zugeschrieben, „für die eben so viele und ebenso gute Gründe, als für die Keller'sche Hypothese sprechen“.

3) a. a. O. S. 204: „nicht mehr als blosse Hypothese“.

4) Für Concipirung in factum weiter auch noch Ruhstrat, Arch. f. d. Prax. v. Oldenburg I S. 38.

5) a. a. O. S. 264.

werden solle. Wie war's mit dem Satz „exceptio doli bonae fidei iudiciis inest", wie war's überhaupt mit dem ganzen officium iudicis, dessen Bedeutung für die bonae fidei iudicia hier wohl nicht dargelegt zu werden braucht? Oder man unterstelle statt des Kaufs eine Stipulation: soll hier umgekehrt das ganze feste Recht der Stipulation durch ein „*S. p. L. Titium promisisse, quanti ea res est*, u. s. w." dem officium iudicis überantwortet werden? Nehmen wir aber an, der Prätor habe hier die Formeln etwa nach Art der actio pigneraticia oder depositi hinsichtlich der Voraussetzungen der Verurteilung genauer spezialisirt, so hätte entweder der Prätor eine Unzahl von Musterformeln proponiren müssen, oder es erhob sich bei jedem Prozess in iure ein Streit um die Conception der Formel, der keineswegs immer leicht zu entscheiden war, dessen Entscheidung vielmehr sehr häufig eine Vorentscheidung über die Rechtsfrage gewesen wäre.

Erregt schon die formula in factum concepta die schwersten Bedenken, so ist es freilich noch schlimmer mit dem andern Formulirungsvorschlag bestellt, der zuerst von Dietzel[1]) gemacht und neuerdings von Baron[2]) in veränderter Form wieder aufgenommen worden ist: danach soll die intentio zwar in ius concipirt, aber direct auf die Verpflichtung des adjecticisch Verhafteten gestellt gewesen sein, nicht auf die Verpflichtung des institor u. s. w. Dietzels hienach gebildete intentio „*patrem* (*exercitorem*) *dare facere oportere*" darf nach Kellers Kritik mit Schweigen übergangen werden. Baron seinerseits stellt die intentio auf ein praestare oportere des Principals oder Gewalthabers. Er glaubt zunächst für die actio de peculio die intentio „*quidquid de peculio filii* (*servi*) *ob eam rem Nm Nm patrem* (*dominum*) *praestare oportet*" in fr. 57 de I. D. (23. 3) entdeckt zu haben und überträgt das *quidquid praestare oportet* sodann auch auf alle andern adjecticischen Klagen, mit Ausnahme der actio tributoria, die er auf *quidquid tribuere oportet* stellt. Er nennt diese intentio eine intentio iuris honorarii und meint, der Prätor habe zwar kein dare facere oportere, wohl aber ein praestare oportere schaffen können. Hiezu ist Folgendes zu bemerken. Fürs Erste: Baron hat vollkommen Recht, wenn er davor warnt, das Wort oportere ausschliesslich dem Civilrecht zu vindiciren, wiewohl ihm der Beweis hiegegen, soweit er den officiellen Gebrauch des Worts anlangt, nicht gelungen ist[3]). Oportere bedeutet Sollen und Müssen, sei es von Rechts sei es auch von Obrigkeitswegen; ein Beispiel wirklich officiellen Gebrauchs des Worts im letztern Sinne bietet das von Cic. pro Quinctio c. 27 § 84 angeführte Edict. Gleichwohl hat es seinen guten Sinn, wenn nur die Civilklagen auf oportere abgestellt sind. Der Prätor, indem er ein oportere zur Bedingung der Verurteilung macht, verweist damit den Judex auf bestehendes Recht: die

1) In den S. 209 n. 3 angeführten Aufsätzen.

2) Die adjecticischen Klagen (Abh. aus d. röm. C. Pr. II) 1882, S. 136 fgg.

3) B. beruft sich nämlich auf das quod eius praestari oportere dicetur im ädilicischen Edict (fr. 1 § 1 de aedil. ed.) und meint, damit sei die Redhibitionspflicht bezeichnet. Der wirkliche sehr abweichende Sinn der Worte ergibt sich aus dem Commentar Ulpians in fr. 19 pr. § 1 eod. Sie enthalten eine Beschränkung der Haftung für dicta und promissa („insofern man dafür nach Civilrecht einstehen muss"). Missverstanden sind sie auch von Bechmann, Kauf. I S. 407, Brinz, Pandekten (1. Aufl.) S. 492.

prätorischen Klagen aber sind Neuschöpfungen, bei denen ebendesshalb die Verurteilung nicht von einer bestehenden rechtlichen Verpflichtung des Beklagten abhängig gemacht werden konnte. Wenn der Prätor, der die exercitoria einführte, den iudex angewiesen hätte, den exercitor aus Geschäften des magister zu verurteilen auf „quidquid exercitorem praestare oportet", so wäre dem Judex nichts übrig geblieben als zu absolviren. Denn wo war verordnet „exercitorem praestare oportere"? Im Civilrecht nicht; im prätorischen Edict ebenso wenig: denn hier stand nicht „exercitor praestato" oder „exercitorem praestare oportere uidetur" oder ähnliches, sondern ohne Zweifel — oder wird man dies bezweifeln wollen? — nur „aduersus exercitorem iudicium dabo". Daraus aber folgt für den exercitor zwar ein iudicium suscipere oportere, aber keineswegs ein privatrechtliches praestare oportere. Freilich nun, nachdem die exercitoria lange Zeit hindurch in Uebung gewesen war und sich in die allgemeine Rechtsüberzeugung eingelebt hatte, hätte der Prätor, wenn er es zweckmässig gefunden hätte, vielleicht ohne Gefahr, unter Aufgebung der frühern Formel, eine neue auf das oportere des exercitor gestellte bilden können. Aber man beachte wohl: in dem Moment, wo er dies tat, hörte die exercitoria auf, eine prätorische Klage zu sein; denn die Frage, ob Beklagter obligirt sei, nahm dann der Prätor nicht mehr auf sich, sondern schob ihre Beantwortung der Rechtsüberzeugung des Judex zu: die actio depositi in ius concepta ist civil, ob sich gleich die obligatio ciuilis depositi unter dem Einfluss der prätorischen formula in factum concepta entwickelt hat. In summa: ein oportet kann aus dem Edict hervorgehen, insoweit es Vorschriften für das Verhalten der Parteien enthält, — insoweit würde einem ex edicto oportet in einer Formel nichts entgegenstehen; für die actio exercitoria, institoria, de peculio deque in rem uerso, quod iussu ist die von Baron vorgeschlagene Formel aber gerade desshalb unmöglich, weil die betreffenden Edicte keine solchen Vorschriften enthalten, sondern einfach actio verheissen.

Ich habe Baron zugegeben, dass der Prätor ein oportere habe schaffen können[1]). Das ist nun aber auch das Einzige, was ich ihm einräumen kann. Die Idee, dass das praestare oportere als intentio iuris honorarii dem prätorischen Recht, das dare facere oportere als intentio iuris ciuilis dem Civilrecht reservirt gewesen sei, wird schwerlich auf Beifall zu rechnen haben: ich glaube, kein Scharfsinn wird zu ermitteln vermögen, warum die auf prätorischem Recht beruhenden Leistungen gerade „praestare", die auf Civilrecht beruhenden „dare facere" hätten heissen sollen. Ueberdies ist die Concipirung auf praestare oportere, wenn überhaupt irgendwo, dann gerade für eine Civilklage, die actio mandati, nachweisbar (s. § 108). Und nun fr. 57 de I. D. (23. 3), der Ausgangspunkt des Irrwegs! Die Stelle behandelt den Fall, wo eine Frau ihren noch in väterlicher Gewalt befindlichen Schuldner heiratet und ihrem Schwiegervater „quod filius tuus mihi debet" zur dos bestellt. Der Jurist

1) Die Frage, unter welchen Voraussetzungen er dies konnte, muss hier dahingestellt bleiben: ihre Beantwortung würde eine umfassende Untersuchung über das officium praetoris erfordern. Ein allgemeines Recht, das Verhalten der Einzelnen direct zu normiren, hatte er selbstverständlich nicht: sonst wäre er Gesetzgeber, nicht bloss Verwalter der Actionen gewesen.

sagt, es sei ein Unterschied, ob damit gemeint sei „id quod filium dare oportet", wo die ganze Schuldsumme dos werde, oder „quod patrem de peculio uel de in rem uerso praestare oportebit", wo nur die Summe dos werde, „qua patrem eo tempore filii nomine condemnari oportebit". Mir ist schwer begreiflich, wie Baron in dieser Stelle einen Beweis — und einen andern Beweis hat er ja nicht — für seine Hypothese zu finden glauben konnte. Der Jurist denkt hier nicht an Formelconception; mit den Worten „quod patrem de peculio praestare oportebit" will er den Begriff „Peculiarschuld" kurz ausdrücken, und der Ausdruck ist passend, die Formel mag concipirt gewesen sein, wie sie will. Aber als ob er geahnt hätte, dass derselbe dereinst missverstanden werden würde, hat er sich beeilt, den untechnischen Ausdruck sofort in die technisch juristische, der Formelconception angemessene Form zu giessen: qua patrem filii nomine condemnari oportebit.

Genug damit: es wird nicht nötig sein, auch noch die mehrerwähnten actiones utiles gegen Barons Hypothese ins Feld zu führen. Ich glaube nachgewiesen zu haben, dass, wie die Keller'sche Conception der Natur des Verhältnisses und den Quellen entspricht, so umgekehrt die andern Formulirungsversuche sich bei näherer Prüfung als unmöglich herausstellen.

§ 103. DE TRIBUTORIA ACTIONE[1].

Ulp. 29[2], Paul. 30[3], Gai. 9[4], Julian. 12[5].

Gai. IV 72[6]:

> Praeterea tri*b*utoria quoque actio in patrem dominumue constituta est, cum filius ser*u*usu*e* in peculiar*i* merce sciente patre dominoue negotietur: nam si quid eius rei gratia cum eo contra*ctum* fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in *his* mercibus *erit quodque inde receptum erit id inter patrem dominumue, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur.*

§ 3 I. quod cum eo (4. 7):

> et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat quae tributoria appellatur.

Auch hier gewährt uns Ulpians Commentar die Mittel zu einer im Wesentlichen genauen Reconstruction des Edicts. Wir finden hier zunächst bezeugt die Worte:

Qui merce[7] *peculiari*[8] *sciente*[9] *eo, in cuius potestate erit*[10],

1) D. (14. 4).

2) Fr. 1, 3, 5, 7, 9 h. t., fr. 44 de R. J. (50. 17) cf. fr. 9 i. f. h. t.

3) Fr. 2, 4, 6, 10 h. t.

4) Fr. 11 h. t.; fr. 5 de cur. fur. (27. 10)?

5) Fr. 8, 12 h. t., cit. fr. 3 pr. h. t. Fr. 8 ist fälschlich Julian. 11 inscribirt.

6) Die Lücken des Gaiusmanuscripts sind aus § 3 I. quod cum eo (4. 7) mit voller Sicherheit zu ergänzen.

7) Ulp. 29 fr. 1 § 1 h. t.

8) Ulp. 29 fr. 1 § 2 h. t.

9) Ulp. 29 fr. 1 § 3 h. t.

10) Ulp. 29 fr. 1 § 4. 5, fr. 3, 5 pr. § 1. h. t. Die Meinung Schmidts (von Ilmenau), das Hauskind in mancipio S. 21 n. 80, es habe das Edict nur von der potestas domini in seruo gesprochen, steht m. E. mit fr. 1 § 4 h. t. in Widerspruch. Denn hier ist das Edictswort potestas erläutert.

negotiabitur[1]*), quod cum eo*[2]*) eius mercis nomine*[3]*) contractum erit*[4]*), ...*

Der hierauf folgende Abschnitt des Commentars wird eingeleitet durch ein in fr. 5 § 5. 6 h. t. enthaltenes Referat:

> Per hanc actionem tribui iubetur quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est. In tributum autem uocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.

Dieser Bericht gibt zweifellos den Edictinhalt fast wörtlich wieder. Das „quod ex ea merce est et quod eo nomine receptum est" kehrt in fast genau übereinstimmender Fassung bei Gai. 9 fr. 11 h. t. und in § 3 I. quod cum eo (4. 7) wieder und wird von Ulpian sofort nachher in fr. 5 § 11—14 h. t. commentirt. „Cum creditoribus mercis" ist in fr. 5 § 15—18 h. t. erläutert. „In tributum uocari" — der Ausdruck ist ohne Zweifel edictal[5]) — in fr. 5 § 19, fr. 7 pr. h. t. Der Bericht ist aber nicht ganz vollständig. Einmal teilt der Gewalthaber natürlich nur dann mit, wenn der Gewaltunterworfene ihm etwas schuldig ist *„si quid ei debebitur"*, wie es in § 3 I. quod cum eo (4. 7) heisst, und dies war auch im Edict gesagt: denn diese oder sehr ähnliche Worte erläutert Ulpian in fr. 5 § 7—10 h. t. Zweitens muss im Edict gesagt gewesen sein, dass die Verteilung verhältnissmässig erfolgen solle, *„pro rata portione"* (§ 3 I. cit.) oder genauer *„pro rata eius quod cuique debebitur"*: diese letztern Worte liegen dem Commentar in fr. 5 § 19[6]), fr. 7 pr. h. t. zu Grunde.

Nach alledem dürfte der erste Edictsatz folgender Massen gelautet haben:

> *Qui merce peculiari sciente eo, in cuius potestate erit, negotiabitur, quod cum eo eius mercis nomine contractum erit, ita ius dicam, ut*[7]*), quod ex ea merce erit eoue nomine receptum erit, eius is, in cuius potestate erit, si quid ei debebitur, cum creditoribus mercis pro rata eius quod cuique debebitur in tributum uocetur*[8]*).*

Der Commentar hiezu schliesst bei fr. 7 pr. h. t. ab. Wer soll oder darf nun aber die Verteilung besorgen? Die Clausel gibt darauf keine Antwort, gerade wie es bei Gai. IV 72 ict. § 3 I. cit. ganz unpersönlich heisst:

> praetor ita ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter . . . . distribuatur.

Aber die citirte Institutionenstelle fährt fort:

1) Qui negotiabitur: Ulp. 29 fr. 5 § 2 h. t. Zum ganzen Absatz vgl. noch fr. 1 § 20 de exerc. act. (14. 1), fr. 27 pr. de peculio (15. 1).

2) Ulp. 29 fr. 5 § 3 h. t.

3) Ulp. 29 fr. 5 § 4 h. t.

4) Vgl. Gai. IV 72 cit.

5) Vgl. fr. 1 pr., fr. 5 § 15. 18, fr. 7 pr. h. t.

6) Tributio autem fit pro rata eius quod cuique debeatur.

7) Vgl. Gai. IV 72: ita praetor ius dicit ut .... Diese Wendung zeigt, dass der Prätor in dem ersten Edictsatz nicht sofort schon die actio tributoria verhiess, die bei Gai. l. c. erst nachher erwähnt wird. Der Prätor denkt auch gar nicht bloss an die actio tributoria, sondern auch an die freiwillige Abtretung des Peculiums zum Verkauf. Dem Gewalthaber ist die Besorgung der Verteilung gestattet (permittit, § 3 I. cit.), nicht auferlegt.

8) Unrichtig ist es, wenn Keller (Jahrbb. d. gem. Rts. III S. 195 fg.) in seiner Formel die klagenden Gläubiger als Subject des in tributum uocare figuriren lässt: sie werden vielmehr mit dem Gewalthaber in tributum vocirt, vgl. fr. 1 pr., 5 § 6. 15. 18 h. t. S. auch Bekker, Aktionen II S. 338.

et quia (scil. praetor) ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, ... hanc ei actionem accommodat . . . .

Das Edict muss also noch eine Clausel enthalten haben, worin implicite dem Gewalthaber die Verteilung nach den angegebenen Grundsätzen zu übernehmen gestattet war, der Prätor aber gegen denselben für den Fall der Verletzung dieser Grundsätze unsere actio verhiess. Eben dies nun bestätigt Ulpians Commentar zur Evidenz. Während im Commentar zur ersten Clausel nirgends betont war, dass gerade der Gewalthaber die Verteilung zu besorgen habe, fragt der Jurist gleich darauf in fr. 7 § 1 ganz plötzlich:

Quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio uel mercibus cedere paratus sit?

Kein Zweifel, dass diese Worte an das neue Edictstück anknüpfen, in welchem der Prätor dem Gewalthaber die Verteilung überliess. Und jetzt in fr. 7 § 2 h. t. folgt bei Ulpian das Referat über die Verheissung der actio:

Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit praestet.

Mit diesen Worten schliesst, wenn ich recht sehe, der Commentar zum Edict ab, und schon das in fr. 7 § 2 gleich folgende

quae actio dolum malum coercet domini

ist mit Beziehung auf die aus dem Edict erteilte Formel geschrieben. Ueber diese selbst sind wir leider nur sehr mangelhaft unterrichtet. Sicher wissen wir nur so viel, dass sie gerichtet war auf „*quanto minus dolo malo* N^i N^i A^o A^o *tributum est*[1]), *quam ex edicto meo* A^o A^o *tribui debuit*[2]) (oder ähnlich)“, und dass sie gegen den Erben „*dumtaxat de eo quod ad eum peruenit*“ erteilt wurde[3]). Im Uebrigen sind wir auf Vermutungen angewiesen, und das Wahrscheinlichste wird sein[4]), das die actio tributoria, wie die institoria, die Hauptbestandteile der Formel in sich aufnahm, die aus dem mit dem Gewaltunterworfenen abgeschlossenen Geschäft resultirte[5]). War diese also z. B. eine bonae fidei Formel, so folgte auf eine um die Voraussetzungen unseres Edicts bereicherte demonstratio die auf den Namen des Gewaltunterworfenen (eventuell ficticisch) gestellte intentio iuris ciuilis. Den Schluss bildete dann die condemnatio: *quanto minus eo nomine dolo malo* N^i N^i A^o A^o *tributum est, quam ex edicto meo* A^o A^o *tribui debuit, tantam pecuniam* rel.

1) Ulp. 29 fr. 7 § 2—4 h. t.

2) Julian. fr. 12 h. t.: tributoria actione tunc demum agi potest, cum dominus in distribuendo pretio mercis edicto praetoris non satisfecit.

3) Ulp. 29 fr. 7 § 5, fr. 9 pr. h. t.

4) Ganz unglücklich reconstruirt Rudorff, E. P. § 103: *s. p.* A^m A^m *cum Lucio Titio sciente* N^o N^o *negotiatum esse*, und weiter in factum. Einem „cum . . . . negotiatum esse“ widerspricht das Edict aufs entschiedenste; und nun gar erst noch „cum Lucio Titio sciente N^o N^o negotiatum esse“! Da hätte der dominus also um die spezielle Geschäftsverbindung wissen müssen! Gegen Rudorff vgl. auch Mandry, Familiengüterrecht II S. 452 n. 7.

5) So auch Keller, a. a. O., dessen Formel aber im Uebrigen nicht fehlerfrei ist. Vgl. S. 216 n. 8.

§ 104. QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICETUR[1]).

Ulp. 29[2]), Paul. 30[3]), Gai. 9[4]), Julian. 12[5]).

In den Digesten finden wir hinter dem Titel de tributoria actione über tit. (14. 5) die obige Rubrik, unter welcher aber nur ein Edict ausführlich behandelt ist: dasjenige über das beneficium competentiae der gewaltsentlassenen, enterbten, abstinirenden Hauskinder. Hierauf folgt der Titel (14. 6) de SC Macedoniano, und erst an diesen schliessen sich (15. 1)—(15. 4) die Rubriken de peculio, quando de peculio actio annalis est, de in rem uerso, quod iussu. Diese Rubrikenfolge ist keineswegs dem Edict entnommen. Zunächst: das SC Macedonianum kommt nur in den Commentaren, nicht im Edict selbst vor[6]); die Juristen knüpften dessen Besprechung an die Edicte über die mit Gewaltunterworfenen abgeschlossenen Geschäfte an[7]). Weiter aber ist allem Anschein nach zu vermuten, dass im Album das edictum triplex[8]) de peculio, de in rem uerso, quod iussu einschliesslich des Edicts über die Annalklage de peculio voraufstand, dass die Clausel über das beneficium competentiae hiezu nur eine Art Anhang bildete, und dass an der Spitze dieser sämmtlichen Edicte nur die eine umfassende Rubrik stand, die ich nach D. (14. 5) dem gegenwärtigen § voraufgesetzt habe. Hiefür spricht zunächst, dass der erwähnte Digestentitel in den Digesten selbst eine generelle, einleitende Bedeutung hat. Eigentlich commentirt ist in demselben zwar nur die vorerwähnte Clausel. Aber das erste Fragment des Titels (aus Gai. 9 genommen) handelt nicht von dieser, sondern gibt den Inhalt des edictum triplex an und zwar so, als ob sich dies letztere direct an die Edicte über die exercitoria, institoria, tributoria anschlösse; dessgleichen haben fr. 4 § 5, fr. 8 des Titels keinerlei Beziehung zu jener Clausel. Ebenso entschieden bestätigt sich unsere Annahme durch Ulp. 29 fr. 1 pr. § 1 de peculio (15. 1):

> Ordinarium praetor arbitratus est, prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt

1) D. (14. 5), C. (4. 26).

2) Fr. 2, 4 h. t., fr. 1, 3, 7, 9, 11 de SC Maced. (14. 6), fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 30 de pec. (15. 1), fr. 1 quando de peculio (15. 2), fr. 1, 3, 5, 7, 10, 13 de in rem uerso (15. 3), fr. 1 quod iussu (15. 4), fr. 14 de R. C. (12. 1), fr. 11 de pec. leg. (33. 8), fr. 16 de ui (43. 16) cf. fr. 3 § 12 de pec. (15. 1), fr. 7 de lege Pomp. (48. 9).

3) Fr. 5 h. t., fr. 8, 10, 12 de SC Maced. (14. 6), fr. 20, 26, 31, 43 de pecul. (15. 1), fr. 2 quando de pec. (15. 2), fr. 8, 11 de in rem uerso (15. 3), fr. 2 quod iussu (15. 4), fr. 40 [41] de N. G. (3. 5).

4) Fr. 1 h. t., fr. 13 de SC Mac. (14. 6), fr. 10, 27, 29 de pec. (15. 1), fr. 4, 12 de in rem uerso (15. 3).

5) Fr. 14 de SC. Mac. (14. 6), fr. 12, 14, 16, 28, 37 de pec. (15. 1), fr. 25 comm. diu. (10. 3), fr. 83 ad l. Falc. (35. 2), fr. 11 de fideiuss. (46. 1), cit. fr. 7 § 11. 12 de SC Mac. (14. 6), fr. 3 § 6, fr. 9 § 5. 8, fr. 11 § 2. 9, fr. 13 de pec. (15. 1).

6) Welchen Inhalt sollte ein Edict ad senatus consultum Macedonianum gehabt haben? A. M. Rudorff E. P. § 108, der, wie es scheint, an eine Erklärung des Prätors denkt, seine Jurisdiction nach Massgabe des SC einrichten zu wollen. Vgl. etwa Plin. epist. V 9 [21], 3. Davon ist aber nichts überliefert. Noch weniger ist an eine Reproduction des SC selbst im Album zu denken. Vgl. Wlassak, Edict u. Klageform S. 90 n. 4.

7) Hieher gehören: Ulp. 29 fr. 1, 3, 7, 9, 11 de SC Mac. (14. 6), fr. 14 de R. C. (12. 1), fr. 7 de lege Pomp. (48. 9); Paul. 30 fr. 8, 10, 12 de SC Mac.; Gai. 9 fr. 13 eod.; Julian. 12 fr. 14 eod., fr. 11 de fideiuss. (46. 1), cit. fr. 7 § 11. 12 de SC Mac.

8) Ulp. 29 fr. 1 § 1 de peculio (15. 1).

actionem, sic deinde ad hunc peruenire, ubi de peculio datur actio. Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem uerso aut quod iussu hinc oritur actio.

So hätte der Jurist schwerlich geschrieben, wenn zwischen den vorbesprochenen Edicten und dem triplex edictum noch eine andere Clausel gestanden hätte. Weiter kommt in Betracht, dass in dem Edict über das beneficium competentiae durch die Worte

siue sua uoluntate siue iussu eius in cuius potestate erit contraxerit, siue in peculium ipsius siue in patrimonium eius cuius in potestate fuerit ea res redacta fuerit,

dass, sage ich, durch diese Worte deutlich auf den Inhalt des edictum triplex angespielt wird. Dadurch gibt sich jene Clausel selbst als ein historisch später entstandener Anhang zum edictum triplex zu erkennen. Endlich darf auch noch die Codexrubrik (4. 26)

Quod cum eo qui in aliena est potestate negotium gestum esse dicitur uel de peculio seu quod iussu aut de in rem uerso

als eine ganz wesentliche Unterstützung unserer Vermutung gelten.

An unsere Rubrik schliesst sich bei Rudorff[1]) die weitere:

„*(actiones) ex contractu earum personarum quae in manu mancipioue sunt*".

Als Inhalt des betreffenden Edicts citirt er Gai. IV 80[2]). Offenbar geht er dabei von der Ansicht aus, dass diese Stelle sich auf die von personae in manu mancipioue während der Dauer des Gewaltsverhältnisses eingegangenen Schulden beziehe, und wirklich ist diese Ansicht ja die herrschende. Auch unter Voraussetzung der Richtigkeit dieser Ansicht nun würde nicht bewiesen sein, dass der Inhalt von Gai. IV 80 an dieser Stelle des Edictes stand; wahrscheinlicher wäre mir vielmehr die Annahme, dass, was Gaius berichtet, seinen Platz unter dem Titel *ex quibus causis in possessionem eatur* hatte. Allein, wie ich unten in § 212 dartun werde, ist die herrschende Deutung der Gaiusstelle überhaupt eine Unmöglichkeit, kann vielmehr Gaius l. c. nur von den vorgewaltlichen Schulden der uxor in manu gehandelt haben. Den Gewalthaber der personae in manu mancipioue in Hinsicht der von ihnen während der Dauer des Gewaltsverhältnisses eingegangenen Schulden einem andern Haftungssystem zu unterwerfen als den Gewalthaber von Sklaven oder Hauskindern, dazu lag nicht der geringste Grund vor; im Gegenteil spricht, wenn auch kein entscheidender äusserer Beweis[3]), so doch die durchgreifende Analogie des ganzen Verhältnisses zwingend für die Anwendbarkeit der adjecticischen Klagen auch auf die Contracte jener Personen[4]). Setzt auch Gaius l. c. die personae in manu mancipioue in einen Gegensatz zu den Sklaven und Hauskindern, so braucht doch dieser Gegensatz nicht gerade da gesucht zu

1) E. P. § 107, vgl. Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 567.

2) Quod .... ad *eas* personas quae in manu mancipioue sunt, ita ius dicitur, ut cum ex .... actu earum agatur, nisi ab eo cuius iuri subiectae sint, in solidum defendantur, bona ..... ueneant.

3) Als solchen kann ich die Bemerkung in fr. 1 § 4 de trib. act. (14. 4) nicht ansehen. A. M. Böcking, Pandekten I S. 169.

4) S. auch Mandry, Familiengüterrecht II S. 224.

werden, wo er innerlich am unwahrscheinlichsten ist[1]). Ich vermute starke Lücken im Manuscript[2]). —

Im Folgenden erörtere ich zunächst (1.) die sämmtlichen unter unsere Rubrik gehörigen Edicte, sodann (2.) die daraus erteilten Formeln.

1.

Ueber das edictum triplex referirt Gai. 9 fr. 1 h. t. (14. 5)[3]) folgender Massen:

> . . . proconsul . . . . . . siue . . iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine iudicium pollicetur: siue non iussu, sed tamen in rem eius uersum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem eius uersum fuerit: siue neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.

Im Album stand zweifellos, wie in den Digesten die Clausel de peculio voraus: denn gerade mit Bezug auf sie erörtert Ulpian die allen Clauseln gemeinsamen Eingangsworte des Edicts. Ulpians Commentar gewährt hier folgende Ausbeute.

Ulp. 29 fr. 1 § 2 de pec. (15. 1):

> Verba autem edicti talia sunt: QUOD CUM EO[4]), QUI IN ALTERIUS POTESTATE[5]) ESSET (?), NEGOTIUM GESTUM[6]) ERIT.

Die Erläuterung dieser Worte geht (s. n. 4—6) bis fr. 5 § 2 eod. Bei fr. 5 § 3 beginnt nun sofort die ausführliche Erörterung über Begriff und Umfang des „peculium"; dieselbe umfasst fr. 5 § 3. 4, fr. 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19 eod. Weiter commentirt der Jurist in fr. 21 pr.—§ 2 die Worte „si quid dolo malo eius, in cuius potestate erit, factum erit quo minus peculii esset"[7]). Schliesslich finden wir in fr. 21 § 3 den Satz:

> Si dominus uel pater recuset de peculio actionem, non est audiendus, sed cogendus est quasi aliam quamuis personalem actionem suscipere.

Offenbar beziehen sich diese Worte auf den Abschluss der Clausel, der dann etwa gelautet haben mag: *in eum in cuius potestate erit iudicium dabo.* Als Gesammtwortlaut des Edicts bis hieher ergibt sich sonach:

> QUOD CUM EO, QUI IN ALTERIUS POTESTATE ESSET[8]), NEGOTIUM GESTUM ERIT, *dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate erit*

1) Das uero bei Gai. IV 80 kann ebenso gut einen partiellen Gegensatz bezeichnen, wie dasselbe Wort bei Gai. II 90.

2) Vgl. § 212 g. E. Vielleicht sprach Gaius hinter dem „quod uero ad eas personas quae in manu mancipioue sunt" zunächst die Gleichstellung dieser Personen mit den Sklaven und Hauskindern ausdrücklich aus, um sodann einige Besonderheiten hervorzuheben. Dabei kam er zuerst auf die praktisch wichtige Haftung des Ehemanns für die vorehelichen Schulden der uxor in manu, ohne sich in diesem Augenblick zu erinnern, dass ein analoger, aber freilich praktisch weit seltenerer Fall auch bei den Hauskindern (Arrogation!) vorkommen kann. Im Weitern wird er vielleicht auf die Frage eingegangen sein, ob die Personen in manu und mancipio aus ihren Contracten selber belangt werden können, auf die Frage, ob auch die uxor in manu und der mancipatus noxae dedirt werden könne u. dgl. m.

3) Cf. Gai. IV 70, § 4. 5 I. quod cum eo (4. 7).

4) Ulp. 29 fr. 1 § 3. 4 de pec. (15. 1), Gai. 9 fr. 27 pr. eod.

5) Ulp. 29 fr. 1 § 5. 6, fr. 3 pr.—§ 4 eod.

6) Ulp. 29 fr. 3 § 5—ult., fr. 5 pr.—§ 2 eod.

7) Zum Wortlaut vgl. fr. 1 pr. quando de peculio (15. 2).

8) De ante gesto cf. fr. 42 de pec. (15. 1).

factum erit, quo minus peculii esset, in eum, in cuius potestate erit, iudicium dabo.

Ob die Clausel de in rem uerso einen eigenen Satz bildete oder ob noch in das obige Edict selbst hinter „quo minus peculii esset“ etwa die Worte eingeschoben waren „*siue quid inde in rem eius, in cuius potestate erit, uersum erit*“, vermögen wir nicht zu entscheiden, da die Compilatoren die Commentare zum edictum triplex, wie oben gezeigt, in verschiedene Titel geschieden und dabei möglicher Weise die ursprüngliche Ordnung der Erörterungen gestört haben. Sicher ist, dass jene Commentare gelegentlich der Clausel de in rem uerso nichts als eben den Begriff „in rem (domini, patris) uersum“ erläutern[1]) und dass aus den beiden Clauseln de peculio und de in rem uerso nur eine Formel entsprang (s. unten). Danach ist die Zusammenfassung beider auch im Edict immerhin wahrscheinlicher.

Hinter der Doppelclausel de peculio deque in rem uerso (eventuell, wenn man zwei gesonderte Clauseln annimmt, zwischen diesen) denke ich mir die Clausel quando de peculio actio annalis est. Diese lautet nach Ulp. 29 fr. 1 pr. quando de pec. (15. 2):

> POST MORTEM EIUS QUI IN ALTERIUS POTESTATE FUERIT, POSTEAUE QUAM IS EMANCIPATUS MANUMISSUS ALIENATUSUE FUERIT, DUMTAXAT DE PECULIO ET SI QUID DOLO MALO EIUS IN CUIUS POTESTATE EST FACTUM ERIT, QUO MINUS PECULII ESSET, IN ANNO, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT, IUDICIUM DABO.

Dies Citat ist indess weder fehlerlos noch vollständig. Statt „(dolo malo eius in cuius potestate) est“ muss offenbar *fuerit* gelesen werden. Ferner aber lässt das Citat die im Edict jedenfalls enthalten gewesene Angabe vermissen, dass die Klage gegen den ehemaligen Gewalthaber oder dessen Erben nur unter der Voraussetzung stattfindet, dass das peculium bei ihnen ist[2]). Dieses „bei ihm sein“ war im Edict und der Formel durch das Wort „penes“ ausgedrückt, wie sich aus folgenden Stellen ergibt.

Fr. 1 § 7 quando de pec. (15. 2):

> .... et ait Caecilius teneri, quia peculium penes eum sit.

Cf. fr. 32 pr. de pec. (15. 1) (erste Hälfte), fr. 33, 34, 35 eod., fr. 1 § 10 de dote praeleg. (33. 4), s. auch fr. 37 § 2 de pec. (15. 1).

Den Schluss des edictum triplex bildet die Clausel quod iussu, von der wir aber nur die Anfangsworte

1) Vgl. Ulp. 29 fr. 1, 3, 5, 7, 10, 13 de in rem uerso (15. 3), Paul. 30 fr. 8, 11 eod., Gai. 9 fr. 4, 12 eod.

2) Nur bei unserer Clausel stellte das Edict ausdrücklich diese Voraussetzung auf. Daher finden wir denn auch, abgesehen von unserer Clausel, das Erforderniss nur da betont, wo die potestas Mehrern zusteht und es sich fragt, ob und inwieweit gegen jeden von diesen geklagt werden kann. Vgl. fr. 12, fr. 32 pr. (zweite Hälfte) de pecul. (15. 1). Die Vereinzelung dieser Stellen gegenüber den zahlreichen Zeugnissen, die ich im Text anführe, lässt erkennen, dass das Erforderniss hier nicht edictal gewesen sein kann, sondern auf Interpretation beruhte, die dann den ihr adäquaten Ausdruck der Clausel quando de peculio actio annalis est entnahm. Wo nur ein Gewalthaber da war und gegen diesen de peculio geklagt wurde, wäre es ein sinnloses Superfluum gewesen, wenn der Prätor zu der Anweisung, ihn de peculio zu condemniren, noch hinzugefügt hätte: si penes eum est. Irrig daher Baron, die adjectic. Klagen S. 164 fg.

quod iussu eius cuius in potestate erit

bei Ulpian erläutert finden[1]). Die Ergänzung

negotium gestum erit, in eum, in cuius potestate erit, in solidum iudicium dabo

ergibt sich von selbst[2]).

Es erübrigt nun nur noch das bei Ulp. 29 fr. 2 pr. quod cum eo (14. 5) wörtlich erhaltene Anhangsedict[3]):

In eum qui emancipatus aut exheredatus erit[4]) quiue abstinuit se[5]) hereditate eius, cuius in potestate cum moritur fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta[6]) erit, cum is in potestate esset, siue sua uoluntate siue iussu eius in cuius potestate erit contraxerit siue in peculium ipsius siue in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem causa cognita[7]) dabo in quod facere potest.

2.

Unter den Formeln, die den soeben betrachteten Edictsclauseln entspringen[8]), erledigt sich am leichtesten die der actio quod iussu. Erinnert man sich an das in § 102 Ausgeführte, so kann es, wenn das dort gefundene Ergebniss richtig ist, als gewiss betrachtet werden, dass dieselbe sich genau an die directa actio anschloss. Die Keller'sche Formel[9])

Quod iussu N^i N^i patris A^s A^s Gaio N^i N^i filiofamilias togam uendidit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Gaium filium A^o A^o d. f. o. ex fide bona, eius N^m N^m patrem A^o A^o c. s. n. p. a.

dürfte im Wesentlichen richtig sein. Nur möchte ich statt der Worte pater und filiusfamilias im Anschluss an den Edictstext eher vorschlagen, der demonstratio ein „cum is in potestate N^1 N^1 esset" einzufügen[10]), etwa so:

Quod iussu N^i N^i A^s A^s Gaio, cum is in potestate N^i N^i esset, togam uendidit.

Eine derartige Fassung ist auch schon desshalb geboten, weil die entscheidende Frage nicht die ist, ob Gaius zur Zeit des Prozesses, sondern die, ob er zur Zeit des Geschäftsabschlusses in potestate N^1 N^1 war. Bei Sklaven trat in die intentio die gewöhnliche Fiction[11]). Die demonstratio — dies ist noch besonders hervorzuheben, weil es von Rudorff (E. P. § 105 n. 23) bestritten wird — war m. E. auch bei formula certa wegen der notwendig zu erwähnenden Klagvoraussetzung des iussus unentbehrlich.

1) Quod iussu: fr. 1 § 1—6 h. t. (15. 4), eius in cuius potestate erit: fr. 1 § 7—9 eod., vgl. Paul. 30 fr. 2 eod.

2) Vgl. auch Gai. IV 70 und Gai. 9 fr. 1 quod cum eo (14. 5).

3) Vgl. zu diesem noch c. 2, 8 [9] h. t. (4. 26).

4) Ulp. 29 fr. 2 § 1, fr. 4 pr. § 1 h. t. (14. 5), Paul. 30 fr. 5 § 1 eod.

5) Paul. 30 fr. 5 § 2 eod.

6) Ulp. 29 fr. 4 § 2 eod., Paul. 30 fr. 5 pr. eod.

7) Ulp. 29 fr. 4 § 4 eod.

8) Zur Clausel in eum qui emancipatus war m. E. keine besondere Formel proponirt, da es sich hier ja nur um einen Zusatz zur condemnatio handelte. Die von Rudorff E. P. § 104 hier aufgeführten formulae ficticiae sind, mit Ausnahme der auf die Fiction „si capite deminutus non esset" gestellten, ganz offenbar unhaltbar. Aber auch hinsichtlich dieser einen Fiction ist die Frage, ob dieselbe hier notwendig ist, keineswegs unzweifelhaft. Vgl. Cohn, Beiträge, Heft II S. 340 fgg.

9) Jahrbb. d. gem. Rechts III S. 194.

10) Vgl. auch Rudorff, E. P. § 105.

11) Vgl. § 102 (S. 207 fg. 210 fg.).

Weit grössere Schwierigkeit machen die übrigen Formeln. Hier ist zunächst eine Vorfrage zu lösen: die nämlich, ob für die actio de peculio und de in rem uerso nur eine oder aber zwei Formeln proponirt waren. Ich glaube mich mit Keller, dem die herrschende Meinung folgt, entschieden für die erstere Alternative erklären zu sollen. Die Identität der Formel ist durch Gaius und die Institutionen direct bezeugt. Gai. IV 74 i. f.:

> eadem formula et de peculio et de in rem uerso agitur.

§ 4[b] I. quod cum eo (4. 7):

> licet . . . una est actio qua de peculio deque eo quod in rem domini uersum sit agitur, tamen duas habet condemnationes. itaque iudex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini uersum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini uersum intellegatur aut non totum.

In gleicher Richtung beweisen eine ganze Reihe weiterer Stellen[1]), unter denen ich nur fr. 1 § 10 quando de peculio (15. 2) hervorhebe, weil hier das Inbegriffensein der Clausel de in rem uerso in der actio de peculio besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Was man gegen diese Zeugnisse vorgebracht hat[2]), scheint mir nicht durchschlagend. Dass die Lehre in den Digesten in zwei Titel zerlegt ist, beweist gegen die una actio schon darum nichts, weil dieselbe Tatsache dann auch gegen die Zusammenfassung unter eine Edictsrubrik sprechen würde, welch letztere doch in fr. 1 § 1 de peculio (15. 1) ausdrücklich bezeugt ist: es waren sicherlich bloss Gründe der Uebersichtlichkeit des Systems, was die Compilatoren zur Zerlegung der Commentare, die sich auf das edictum triplex beziehen, unter vier verschiedene Titel bewog. Ebenso wenig kommt in Betracht, dass in den beiden Titeln de peculio und de in rem uerso meistens nur auf den einen Erfolg der Klage — entweder de peculio oder de in rem uerso — reflectirt wird: sehr natürlich, denn dort wurde die Clausel de peculio, hier die de in rem uerso commentirt, die, wenn sie auch in einem Edict und einer Formel standen, doch jede gesonderten Commentars bedurfte. Wenn ferner mitunter auch Beispiele von reiner actio de peculio oder reiner actio de in rem uerso ohne den Zusatz der andern Clausel in den Quellen vorkommen, so ist das nicht befremdlich: wollte Jemand die eine oder andere Clausel weglassen, etwa weil doch aussichtslos, so wird der Prätor gegen deren Abtrennung nichts einzuwenden gehabt haben. Uebrigens muss man sich hüten, hieher alle die Fälle zu rechnen, in denen die Juristen sich nur mit dem einen der beiden Erfolge beschäftigen[3]): da sehr häufig nur der eine derselben praktisch in Betracht kam, so geht aus einer derartigen Beschränkung der Erörterung meines Erachtens gar nichts hervor.

Die Einheit der actio de peculio und de in rem uerso festgestellt, ergibt sich im Uebrigen die Gestalt der Formel aus folgenden Erwägungen. Die

1) Fr. 57 de iudic. (5. 1), fr. 41 de peculio (15. 1), fr. 1 § 10 quando de peculio (15. 2), fr. 2 § 6 de her. uend. (18. 4), fr. 60 § 7 locati (19. 2), fr. 57 de I. D. (23. 3), fr. 22 § 12 sol. matr. (24. 3), fr. 6 § 12 q. in fraud. cred. (42. 8), c. 12 quod cum eo (4. 26).

2) Bekker, Aktionen II S. 336 fgg.

3) Dahin gehört z. B. das von Bekker angeführte fr. 7 § 15 ex quib. caus. in poss. (42. 4). Sichere Beispiele der Abtrennung der einen Clausel enthalten z. B. fr. 1 § 1 i. f. de in rem uerso (15. 3), fr. 1 § 10 quando de peculio (15. 2). Zweifelhaft fr. 19 de in rem uerso (15. 3).

duae condemnationes der Institutionen können in jenem Zusammenhang nichts anderes besagen wollen, als dass die Formel eine zwiefache Condemnationsanweisung enthielt: *condemna de peculio et si quid in rem domini (patris) uersum est.* Zwar hat Bekker[1]) dies bestritten, mit dem Anführen, dass der Justinianische Prozess Condemnationsclauseln ja überhaupt nicht mehr gekannt habe, solche also in den Institutionen nur durch grobes Versehen der Redactoren erwähnt sein könnten. Aber dieser Einwand widerlegt sich durch die Tatsache, dass die Byzantiner selber unter den duae condemnationes eine Condemnationsclausel verstanden. Ein von Zachariä ohne Zweifel mit Recht dem Stephanus zugeschriebenes Scholium zu fr. 36 de peculio[2]) belehrt uns:

> κινῶν γὰρ οὕτω λέγει· καταδίκασον εἰς τὸ πεκούλιον καὶ εἰς τὸ βέρσον[3]) . . . .

Vgl. ferner schol. 2 in Basil. XVIII 2, 1 (suppl. Basil. p. 178), schol. 14 in Basil. XVIII 6, 1 (eod. p. 237). Diese Stellen beweisen, dass die Condemnationsclauseln des classischen Prozesses, wenn auch von der Wortstrenge entbunden, auch noch im Justinianischen Prozesse vorkamen, wahrscheinlich als ein an die intentio angeschlossenes Petitum in den Klaglibellen.

Kam die eigentümliche Richtung und Beschränkung der Klage in der condemnatio zum Ausdruck, so folgt fast mit Notwendigkeit, dass umgekehrt die intentio mit Dasein und Umfang des Peculiums und der in rem uersio nichts zu tun hatte, und dies wird direct bestätigt durch das vielbesprochene fr. 30 pr. de pec. (15. 1.):

> Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore. Proculus et Pegasus nihilo minus teneri aiunt: intenditur enim recte etiamsi nihil sit in peculio[4]) . idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit . quae sententia et a nobis probanda est.

Die analoge Heranziehung der actio ad exhibendum und der rei uindicatio[5]) beweist schlagend, dass für das Zutreffen der intentio das esse aliquid in peculio ebenso unwesentlich war, wie bei jenen Actionen der Besitz des Beklagten; dann aber ist nicht abzusehen, in welcher Form das Peculium in der intentio erwähnt gewesen sein könnte[6]).

Fragen wir weiter, wie wir uns die intentio näher denken sollen, so führen

1) a. a. O. II S 337.

2) Suppl. Basil. p. 223 sch. 140.

3) Nam cum agit, sic dicit: condemna eum peculio tenus et quatenus uersum est.

4) Hieher Ulp. 29 fr. 11 de pec. leg. (33. 8).

5) Wie Bekker (process. Consumtion S. 85 fgg., Aktionen II S. 342) gegenüber dieser Tatsache aus fr. 30 pr. den Schluss ziehen kann, gerade die intentio müsse die Bedenken angeregt haben, über die der Jurist berichtet (quaesitum est), ist mir nicht recht verständlich. Jene Bedenken resultiren vielmehr aus dem erst allmählich überwundenen Zweifel, ob nicht die Zuständigkeit einer Klage dadurch bedingt sei, dass sämmtliche Voraussetzungen der Condemnation bereits im Moment der Litiscontestation vorhanden. Die zur Herrschaft gelangte Proculejanische Ansicht ist die, dass im Moment der Litiscontestation nur die intentio zuzutreffen brauche: das steckt implicite in dem „intenditur enim recte." Wie Bekker, auch neuerdings Baron, die adjectic. Klagen S. 138 fgg. Dass auch bei der rei uindicatio der gedachte Zweifel durch den Einfluss des Proculus beseitigt wurde, bestätigt noch fr. 27 § 1 de R. V. (6. 1).

6) Wegen des Baron'schen (adjecticische Klagen S. 148) quidquid de peculio N^m N^m praestare oportet verweise ich auf das zu § 102 Ausgeführte.

die Ergebnisse, die ich in § 102 festgestellt habe, mit Bestimmtheit dahin, dass dieselbe auf die Person des Contrahirenden, d. h. des Gewaltunterworfenen, gestellt war und sich in ihrer Fassung genau an die intentio der betreffenden actio directa anschloss, nur dass bei in ius concipirter intentio die Klage aus Sklavencontract die Fiction si liber esset aufnehmen musste. Gerade bei unserer actio fehlt es für diese Annahme nicht an manigfacher besonderer Bestätigung. Von der Bedeutsamkeit der actio annalis de peculio und der in fr. 49 pr. de V. O. (45. 1) erwähnten utilis actio nach dieser Richtung war schon in § 102 die Rede. Weiter aber kommt Folgendes in Betracht. Unsere actio wird der Hauptklage als einem *directo agere* entgegengesetzt[1]). *Actio ex qua pater de peculio actionem patitur* heisst letztere im Verhältniss zur actio de peculio, ein agere eius actionis nomine wird die actio de peculio genannt[2]). Nicht selten wird der actio de peculio der Name der Hauptklage beigesetzt[3]), ja es werden Fragen, die die actio de peculio angehen, geradezu als Fragen hinsichtlich der Hauptklage bezeichnet[4]). War ein filius familias mit der actio directa verklagt, und er stirbt nach der Litiscontestation, so ist, um nun die adjecticische Haftung des Vaters geltend zu machen, nicht etwa ein neues iudicium notwendig, sondern „transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius uersum est“[5]); die Möglichkeit dieser translatio spricht, scheint mir, ganz entschieden für die Identität der intentio. Nach alledem möchte sich folgende Reconstruction der actio depositi de peculio[6]) schwerlich weit von der Wahrheit entfernen[7]):

> [8])*Quod A^s A^s apud Stichum, qui in N^i N^i potestate est*[9]), *mensam argenteam deposuit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, A^o A^o dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex N^m N^m A^o A^o dumtaxat de peculio et si quid dolo malo N^i N^i* [10])*factum est, quo minus peculii esset, uel si quid in rem N^i N^i inde uersum est, c. s. n. p. a.*

1) Fr. 3 § 4 commod. (13. 6).

2) Fr. 1 § 11 de pec. (15. 1), cf. fr. 18 de SC Maced. (14. 6).

3) Vgl. z. B. fr. 3 § 7. 10. 11, fr. 27 pr., 36, 38 pr. de pec. (15. 1), fr. 23 § 4 de aed. ed. (21. 1), s. auch fr. 7 § 4 de in rem uerso (15. 3). Dass in der grossen Mehrzahl der Stellen das Gegenteil der Fall ist, erklärt sich sehr leicht daraus, dass eben doch die Verhaftung des Gewalthabers auf einer besondern Edictclausel und proponirten Formel beruhte. Vgl. Mandry, Familiengüterrecht II S. 254.

4) Fr. 36 de pec. (15. 1): est in actione de dote (rei uxoriae) agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conueniretur.

5) Fr. 57 de iudic. (5. 1). Vgl. auch fr. 18 § 5 de castr. pec. (49. 17), wo die Pflicht des Vaters zur Uebernahme der actio de peculio wegen castrensischer Schulden verneint und dann hinzugefügt wird: et si sponte patiatur, ut quilibet defensor, satisdato filium in solidum, non peculio tenus defendere debet.

6) Wesentlich übereinstimmend: Kellers Fassung in Jahrbb. des gemeinen Rechts III S. 194 fg.

7) Ulpian behandelt die Musterformel in fr. 30 de peculio (intentio im pr., de peculio: § 1—5, clausula doli: § 6. 7).

8) *Quod A^s A^s Sticho mercem uendendam mandauit:* fr. 12 de instit. act. (14. 3).

9) „Cum .... esset“ (Rudorff, E. P. § 105)? die Frage ist nicht unzweifelhaft, namentlich auch mit Rücksicht auf die (wortgetreu überlieferte?) Fassung des Edicts („qui .... esset“). Mir war massgebend die Erwägung, dass die Zuständigkeit der actio de peculio bekanntlich nicht davon abhängt, dass der jetzige Gewalthaber schon zur Zeit des Geschäftsabschlusses Herr des Sklaven war. Vgl. fr. 27 § 2 de pecul. (15. 1).

10) Hier schiebt Rudorff ein: in hoc anno. Dies wird durch fr. 30 § 6 de peculio nicht gestützt, sondern widerlegt. Die Wendung „fortassis .... non patietur“ spricht nämlich offenbar gegen die Annahme, es sei der annus utilis in der Formel erwähnt gewesen.

Keller und ebenso Rudorff hängen der condemnatio noch eine weitere Clausel an: *„praeterea etiam si quid dolo malo N^i N^i captus fraudatusque A^s A^s est“* (Rudorff: *et si quid praeterea dolo malo . . . . sit*). Dies ist ein unzweifelhaftes Missverständniss, wie ich in § 106 näher darlegen werde.

Die actio annalis de peculio wird sich von obiger vermutlich nur in folgenden Punkten unterschieden haben. Das Gewaltsverhältniss muss in der demonstratio als ein vergangenes bezeichnet gewesen sein. Die Fiction muss, wenn der Sklave freigelassen worden war, gelautet haben *„si tunc liber fuisset“*, wenn er gestorben war, etwa: *quidquid A^o A^o, si apud liberum deposuisset*[1]), *eo nomine dari fieri oporteret.* Ferner muss die Condemnationsbedingung, dass das peculium penes N^m N^m sei, irgendwie zum Ausdruck gekommen sein, und zwar vermutlich in der demonstratio[2]), wo dem *„in potestate N^i N^i“* ein *„penes quem eius (Stichi) peculium est“* beigefügt gewesen sein mag. Endlich schob sich die exceptio annalis, als ständiger Zusatz, wahrscheinlich hinter die clausula doli[3]). —

Unsere Untersuchung hat uns im Wesentlichen zu gleichen Ergebnissen, wie seiner Zeit Keller, geführt. Ich würde aber meine Aufgabe nur sehr unvollkommen gelöst haben, wenn ich diese Ergebnisse nicht gegen gewisse Einwendungen sicher zu stellen versuchte, die von Bekker wiederholt[4]) dagegen erhoben und von Keller nicht widerlegt worden sind. Bekker beruft sich auf die Consumtionsverhältnisse bei der actio de peculio, die mit der Keller'schen (und ebenso auch unserer) Reconstruction unvereinbar seien. Eine Formel, so argumentirt er, in deren intentio ein Anspruch in seinem vollen Umfange zum Ausdruck komme, habe notwendig diesen vollen Anspruch in iudicium deduciren und daher consumiren müssen, mochte auch die condemnatio einen einschränkenden Zusatz tragen. Dies sei nicht blos als Consequenz der Formelfassung gewiss, sondern auch für den Fall, dass die condemnatio auf quod facere potest eingeschränkt sei, positiv anerkannt[5]). Wäre also die actio de peculio in Kellers Weise construirt gewesen, schliesst Bekker weiter, so hätte durch ihre Erhebung der Anspruch wider den Gewaltunterworfenen in seinem vollen Umfange consumirt werden, ihre nochmalige Erhebung mithin ohne zuvorige Restitution unmöglich sein müssen, auch dann, wenn Kläger bei der ersten Klage lediglich wegen Unzulänglichkeit des Peculiums zu kurz gekommen sei. Gerade das Gegenteil aber sei bezeugt in fr. 30 § 4 de peculio:

> Is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest[6]).

Daraus folge, dass die Formel der actio de peculio in anderer Weise, etwa in Form der praescriptio, die Einschränkung der Haftung zum Ausdruck gebracht haben müsse.

1) Die Fiction si uiueret (Keller) halte ich für bedenklich.

2) Warum in der demonstratio und nicht in der condemnatio (Baron: dumtaxat de peculio quod penes eum est), darüber vgl. S. 228 (Consumtionsverhältnisse).

3) Fr. 1 § 10 quando de pec. (15. 2): quia annua exceptio ad peculium, non ad in rem uersum pertinet.

4) Prozessual. Cons. S. 82 fgg., Aktionen II S. 333 fgg., bes. 341 fgg.

5) Vgl. fr. 47 § 2 de peculio (15. 1).

6) Vgl. fr. 26 § 1 de iureiur. (12. 2), fr. 47 § 2 de peculio (15. 1).

An dieser Argumentation ist m. E. zweifellos richtig und hätte nie bestritten werden sollen[1]), dass in der Tat eine Wiederholung der actio de peculio ohne vorgängige Restitution zulässig ist: die angeführten Stellen liefern dafür m. E. unwiderleglichen Beweis[2]). Eine andere Frage aber ist, ob es um desswillen wirklich geboten ist, die Keller'sche Fassung aufzugeben.

Bekker geht davon aus, dass die Fassung der Formel für die Consumtionswirkung schlechtweg ausschlaggebend gewesen sei[3]). Daher schliesst er aus der Verschiedenheit der Consumtionswirkung bei der actio de peculio einerseits und den Actionen mit Taxation quod facere potest (z. B. actio pro socio) andererseits ohne Weiteres auf abweichende Formelfassung. Die Richtigkeit jener Annahme ist nun aber, so weit ich sehe, keineswegs quellenmässig gesichert, und, wie mir scheint, haben diejenigen römischen Juristen, deren Ansichten in der Compilation zur Geltung gekommen sind, hinsichtlich der Consumtionswirkung auf die trotz äusserlich gleicher Formelfassung dennoch mögliche Verschiedenheit des zu Grunde liegenden Gedankens ein weit grösseres Gewicht gelegt, als Bekker glaubt. Diese Verschiedenheit des Grundgedankens liegt bei den so eben einander gegenübergestellten Actionen auf der Hand. Der Socius mit der actio pro socio haftet ipso iure in solidum, — uniuersum debet, cf. fr. 47 § 2 de peculio. Das quod facere potest ist eine prätorische Einschränkung, eine Milderung seiner Haftung. Der Gewalthaber dagegen haftet ipso iure aus den Geschäften der Gewaltunterworfenen gar nicht, und, wenn ihn der Prätor de peculio und de in rem uerso haftbar erklärt, so ist in diesen Worten nicht eine Einschränkung, sondern die von vornherein gegebene Tragweite seiner Haftung ausgesprochen. Diese Verschiedenheit ist so handgreiflich, dass sich, ohne die äussere Aehnlichkeit der Formulirung, kaum begreifen liesse, warum die römischen Juristen die beiden Fälle beschränkter Haftung einander wiederholt vergleichend gegenüberstellen[4]). Ein Jurist aber, der diesen Unterschied würdigte, konnte sicherlich gar wohl zu dem Satze kommen, dass die actio de peculio, auch ohne praescriptio, den Anspruch nicht weiter consumire als das derzeitige peculium denselben decke, und musste also jede analoge Heranziehung der auf quod facere potest taxirten Klagen von sich weisen.

Sehr wahrscheinlich nun ist die Frage, ob und inwieweit jener Unterschied zu urgiren sei, ein Gegenstand des Schulenstreits gewesen, indem Proculus für dessen Betonung, die Sabinianer dagegen auftraten[5]). Zu Zeiten des Ulpian und Paulus scheint die Proculejanische Ansicht die herrschende gewesen zu sein, und es ist wohl kein Zufall, dass gerade Proculus bei Erörterung des Wesens der Peculiarhaftung und der Consumtionswirkungen von diesen Juristen citirt wird[6]). Dass es nicht notwendig sei, die Consumtions-

1) Wie dies Keller, a. a. O. S. 166, getan hat.

2) Vgl. auch Baron, adjectic. Klagen S. 81 fgg.

3) S. besonders Aktionen, II S. 340 (unten) fg.

4) Vgl. ausser fr. 47 § 2 de peculio noch fr. 1 § 8, fr. 3 pr. de pec. constit. (13. 5), fr. 5 § 2 de lib. leg. (34. 3).

5) Vgl. auf der einen Seite die Sabinianer Pomponius und Julian in fr. 21 i. f. de exc. r. iud. (44. 2) und fr. 5 § 2 de lib. leg. (34. 3), auf der andern Seite Proculus in fr. 84 de solut. (46. 3).

6) Cf. fr. 30 pr., 47 § 3 de pecul. (15. 1), fr. 4 § 5 quod cum eo (14. 5). Dass trotz principieller Annahme der Proculejanischen An-

wirkungen der actio de peculio schlechtweg nach Massgabe der intentio zu normiren, mag vor Allem da eingeleuchtet haben, wo die actio de peculio aus Geschäften eines Sklaven erhoben war, der selber gar nicht civil obligirt war, so dass hier eine Obligation des Gewaltunterworfenen, die als in iudicium deducirt hätte gelten können[1]), gar nicht vorhanden war.

Freilich sind durch Obiges keineswegs alle Rätsel gelöst, die uns die Consumtionslehre bei der actio de peculio aufgibt. Befremdend ist vor Allem, dass, wenn die actio annalis de peculio gegen einen der Erben des ehemaligen Gewalthabers erhoben wurde, dadurch die obligatio de peculio allen Erben gegenüber consumirt wurde, obwohl der einzelne nur bis zum Belaufe des Peculiums quod penes se habet condemnirt werden durfte[2]). Wahrscheinlich ist dies daraus zu erklären, dass die actio annalis den Fall der Spaltung des zurückgebliebenen Peculiums nicht vorsah. Ihr „penes quem peculium est" hat nicht den Sinn einer Einschränkung der Condemnation eventuell auf einen blossen Teil des Peculiums, sondern, wie der Ausdruck selbst zeigt[3]), soll damit nur die Condemnationsbedingung „si peculium penes N^m N^m remansit" bezeichnet sein. Dass gleichwohl einer von mehrern Erben des Gewalthabers nur bis zum Belauf des ihm zugefallenen Teils des Peculiums condemnirt wurde, war Sache des blossen officium iudicis und blieb daher ohne Einfluss auf die Consumtionsfrage. Schwierigkeiten macht ferner die Frage, ob und inwieweit durch Erhebung der actio de peculio der Gewaltunterworfene selbst und seine Bürgen befreit wurden: die entgegengesetzten[4]) Entscheidungen des Pomponius — fr. 21 i. f. de exc. r. iud. (44. 2) — und des Proculus — fr. 84 de solut. (46. 3) — zeigen m. E., dass jedenfalls diese Frage mindestens von einem Teil der römischen Juristen nicht als durch die Formelfassung entschieden angesehen wurde. Ebenso wenig scheint mir das elective Concurrenzverhältniss zwischen actio de peculio einerseits und actio tributoria und quod iussu andererseits[5]) als notwendiges Ergebniss der Formelfassung betrachtet werden zu dürfen: ich glaube, dass hier das Institut der prozessualen Consumtion von den Juristen bewusst zum Zweck der Verhütung der Chicane ausgenutzt wurde[6]).

Zu ausführlicher Erörterung aller dieser Fragen ist hier nicht der Platz: es galt mir vor Allem nur zu zeigen, dass die eingeschränkte Consumtionswirkung der actio de peculio sich mit unserer an Keller sich anschliessenden Reconstruction durchaus verträgt.

sicht Ulpian in fr. 11 de cond. indeb. (12. 6) eine Consequenz der Sabinianischen Theorie anscheinend billigt, — ebendieselbe Consequenz, die er in fr. 5 § 2 de lib. leg. (34. 3) motivirt verwirft —, dies darf bei einem Compilator, wie Ulpian es war, nicht Wunder nehmen.

1) Papinian. fr. 50 § 2 de peculio: . . . . naturalis obligatio, quam etiam seruus suscipere uidetur, in litem translata non est.

2) Fr. 32 pr. de peculio (dazu Bekker, Aktionen II S. 348). Das ist auch nicht bloss Sabinianische Ansicht., arg. fr. 47 § 3 eod.

3) Es heisst „penes quem peculium est" (jedenfalls sicher dem Sinn nach, vgl. die S. 221 unten angeführten Stellen), nicht etwa „quatenus peculium penes N^m N^m est" oder „quod ex eo peculio penes N^m N^m est" oder wie sonst.

4) Bekker, a. a. O. S. 351.

5) Fr. 9 § 1 de act. trib. (14. 4), fr. 4 § 5 quod cum eo (14. 5).

6) An ein ausdrücklich im Edict verordnetes blosses Wahlrecht zwischen den concurrirenden Klagen denkt Baron, a. a. O. S. 108 fg., 114 fg. Auch diese Hypothese ist möglich, wenn ich auch den von Baron dafür gelieferten Beweis nicht für zwingend halte.

§ 105. AD SENATUS CONSULTUM VELLAEANUM[1]).

Ulp. 29[2]), Paul. 30[3]), Gai. 9[4]), Julian. 12[5]).

Der Prätor gewährte hier zwei Actionen, deren Bestimmung es war, dem Gläubiger, der durch die ungiltige Intercession der Frau seinen eigentlichen Schuldner eingebüsst hatte, Hilfe gegen diesen zu gewähren. Ulpian behandelt diese Actionen von fr. 8 § 7 h. t. ab und zwar die erste restitutoria

> quotiens pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina actio

in fr. 8 § 7—13, vgl. Gai. 9 fr. 13 § 1. 2 h. t.[6]); die zweite h. z. T. s. g. institutoria in fr. 8 § 14. 15 h. t.:

> Si, cum essem tibi contracturus, mulier interuenerit, ut cum ipsa potius contraham, uidetur intercessisse[7]): quo casu datur in te actio, quae instituit magis quam restituit obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata: uerbi gratia si per stipulationem mulier, et tu quasi ex stipulatu conuenieris.

Auf beide Actionen zusammen geht fr. 10 h. t.

Die Formeln waren wohl beide ficticisch[8]). Die erste war einfach rescissorisch gefasst (c. 16 h. t.: rescissoria actio), nach dem Schema: si Seia non intercessisset, tum si $N^m N^m$ dare oporteret. Die zweite fingirte sehr wahrscheinlich den durch die Intercession der Frau hintertriebenen Vertrag als wirklich abgeschlossen (quasi ex stipulatu conuenieris: fr. 8 § 14 cit.), nach dem Schema: si Seia non intercessisset, tum si $A^s A^s$ de $N^o N^o$ incertum stipulatus esset[9]), quidquid et rel. Ueber die nähere Fassung der Fiction wie der Formel überhaupt sind wir nicht unterrichtet.

1) D. (16. 1), C. (4. 29).

2) Fr. 2, 4, 6, 8, 10 h. t., fr. 1 de appell. recip. (49. 5), fr. 4 de cond. c. d. (12. 4); letztere Stelle ist fälschlich Ulp. 39 inscribirt.

3) Fr. 1, 3, 11 h. t. Vgl. Paul. lib. 6 breu. fr. 12 h. t.

4) Fr. 5, 13 h. t.

5) Fr. 14 h. t., cit. fr. 8 pr. § 12 h. t., fr. 39 § 1 de R. V. (6. 1).

6) S. auch Gai. 4 fr. 12 de minor. (4. 4), Julian. 12 fr. 14 h. t., c. 16 h. t.

7) Dies stand natürlich nicht im Edict, musste aber aus der Erteilung der s. g. actio institutoria gefolgert werden. So erklärt sich c. 19 h. t.: Cum ad eas etiam obligationes, quae ex mulieris persona calliditate creditoris sumpserunt primordium, decretum patrum, quod de intercessione feminarum factum est, pertinere edicto perpetuo declaratur ....

8) Hinsichtlich der s. g. institutoria vermutet Bekker, Aktionen II S. 118, Personenumstellung.

9) Rudorff, E. P. § 109, hat: si $N^s N^s$ eam pecuniam, ob quam Seia pro eo intercessit, $A^o A^o$ ipse promisisset.

Tit. XIX.

DE BONAE FIDEI CONTRACTIBUS.

Ulp. 30—32, Paul. 31—34, Gai. 9. 10, Julian. 13—15.

§ 106. DEPOSITI UEL CONTRA[1]).

Ulp. 30[2]), Paul. 31[3]), Gai. 9[4]), Julian. 13[5]).

Ulp. 30 fr. 1 § 1 h. t.:

Praetor ait: QUOD NEQUE TUMULTUS NEQUE INCENDII NEQUE RUINAE NEQUE NAUFRAGII CAUSA DEPOSITUM SIT[6]), IN SIMPLUM, EARUM AUTEM RERUM, QUAE SUPRA COMPREHENSAE SUNT, IN IPSUM IN DUPLUM, IN HEREDEM EIUS, QUOD DOLO MALO EIUS FACTUM ESSE DICETUR QUI MORTUUS SIT, IN SIMPLUM, QUOD IPSIUS, IN DUPLUM IUDICIUM DABO.

Gai. IV 47:

Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, ueluti depositi et commodati: illa enim formula quae ita concepta est

IUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM[7]) DEPOSU*IT*[8]), QUA DE RE AGIT*UR*[9]), QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS, [10]) *IUDEX*, N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO, *NISI RESTITUET*[11]). SI NON PARET, ABSOLUITO.

in ius concepta est: a*t* illa formula quae ita concepta est

IUDEX ESTO. SI PARET A. AGERIUM APU*D* N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE[12]) EAMQUE DOLO MALO[13]) N. NEGIDII A. AGERIO REDDITAM NON ESSE[14])[15]), QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLUITO.

in factum concepta est.

1) D. (16. 3), C. (4. 34).

2) Fr. 1, 3, 5, 7 h. t. — fr. 3 aus Versehen nach fr. 2 (Paul. 31) lib. 31 inscribirt —, fr. 35 de d. m. (4. 3), fr. 3 de in lit. iur. (12. 3) cf. fr. 1 § 26 h. t., fr. 9 de cond. furt. (13. 1) cf. fr. 7 § 1 h. t., fr. 18 de P. V. (19. 5), fr. 186 de V. S. (50. 16).

3) Fr. 2, 13 h. t., fr. 22 de exc. rei iud. (44. 2).

4) Fr. 14 h. t.

5) Fr. 15 h. t., cit. fr. 1 § 22. 33. 37 h. t.

6) Ulp. 30 fr. 1 § 2—4 h. t.

7) Gai. IV 40: hominem. Ueber das Mass der Specialisirung: Ulp. 30 fr. 1 § 40. 41 h. t.

8) C. Veron.: deposuisset.

9) C. Veron.: itagit.

10) C. Veron.: id. iud.

11) C. Veron.: n. r. Vgl. Huschke, Studien des r. Rts. S. 316. Prob. Einsidl. 18: N. R. = non restituetur. Ulp. 30 fr. 1 § 21, Modest. fr. 22 i. f. h. t. Zweifellos ist die Lesung nicht: das N. R. kann aus dem gleich folgenden SNPA entstanden sein, ein Versehen, wie das MS gerade in dieser Formel dergleichen mehrere enthält (s. n. 9. 10), vgl. Apograph. Stud. p. 282. Die Ubbelohdesche Auflösung „numeratam pecuniam" halte ich für unmöglich.

12) Vgl. Gai. IV 60. Hieher: Ulp. 30 fr. 1 § 5. 8—14 h. t. Fr. 1 § 6. 7 h. t. scheinen von ihrer ursprünglichen Stelle gerückt.

13) Ulp. 30 fr. 1 § 15 h. t.

14) Ulp. 30 fr. 1 § 16 h. t., c. 3 de exercit. (4. 25).

15) A. Agerium apud N. Negidium .... dolo malo N[i] N[i] A[o] A[o]: fr. 1 § 17—19 h. t.

Von obigen beiden Formeln commentirt Ulpian nur die zweite. Ich habe in den Noten seinen Commentar bis fr. 1 § 19 h. t. verfolgt. Fr. 1 § 20—26 h. t. nebst fr. 3 de in lit. iur. (12. 3) handeln sodann vom officium iudicis, und zwar, wie aus fr. 1 § 23

> Hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet

hervorgeht, wiederum mit Beziehung auf die formula in factum concepta (die in ius concepta bot keine Möglichkeit eines Zweifels, wie er hier zurückgewiesen wird). In fr. 1 § 27—ult. und fr. 3 bewegt sich der Commentar augenscheinlich in freien Erörterungen, die sich an keinen bestimmten Text mehr anlehnen[1]): Deposita, die von Sklaven ausgehen, Deposita mit Nebenverträgen, Zweifelsfälle hinsichtlich der Rückgabe u. a. m. werden hier der Reihe nach in Betracht gezogen. —

Ausser dem Edict und den beiden bei Gai. IV 47 überlieferten Formeln enthielt das Album noch folgende Stücke:

1. Die in den erhaltenen Commentaren nicht speciell besprochene Formel[2]) der actio in duplum aus dem notwendigen Depositum, die sich durch entsprechende Veränderung der gewöhnlichen Formel leicht herstellen lässt.

2. Die Formel der actio contraria: Ulp. 30 fr. 5 pr. h. t. Diese war ohne Zweifel in ius concipirt[3]) und ergibt sich, wenn man in der demonstratio der directa die Formularnamen vertauscht und die Worte nisi restituet hinter der condemnatio weglässt. Sind letztere Worte echt, so standen sie einer Zusammenziehung der directa und contraria in eine Formel im Weg.

3. Die sequestraria depositi actio: Ulp. 30 fr. 5 § 1. 2, fr. 7 pr. h. t. Dass diese eine besondere Formel hatte[4]), ergibt sich sowohl aus dem besondern Namen — fr. 12 § 2 h. t., fr. 9 § 3 de d. m. (4. 3) —, wie auch daraus, dass Ulpian die sequestraria hinter der contraria, also völlig getrennt von der gewöhnlichen directa, commentirt. Ueber ihre Fassung wissen wir Folgendes. Jedenfalls gab sie die Namen der mehrern Deponenten an, arg. fr. 6 h. t., fr. 110 de V. S. (50. 16). Sie bezeichnete ferner den Zweck des Depositums ausdrücklich, fr. 6 h. t.:

> Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur[5]).

Sie enthielt wahrscheinlich die mentio doli mali, wie die gewöhnliche formula depositi: arg. fr. 7 pr. h. t. Endlich gibt Ulp. 30 fr. 5 § 1 h. t. eine Andeutung über den Musterfall; denn, wenn es hier heisst:

> In sequestrem depositi actio competit. si tamen cum sequestre conuenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam est . . . . . .,

1) Solch ein zusätzlicher Tractat findet sich auch im Commentar zur actio commodati: fr. 5 § 11 sqq. commod. (13. 6).

2) Ulp. 30 fr. 1 § 2—4 h. t. gehört zum Edict.

3) Rudorff, E. P. § 110, denkt auch hier an eine Doppelformel. Seine formula in factum concepta erweist sich aber bei einiger Ueberlegung als gänzlich unmöglich. Sie hätte ganz abweichend von der directa construirt sein müssen.

4) A. M. aus ganz ungenügenden Gründen: Muther, Sequestration und Arrest (1856) S. 46 fgg.

5) Vgl. ferner fr. 9 § 3 de d. m. (4. 3): neque sequestraria Seium conuenire potes nondum impleta condicione depositionis. Fr. 5 § 2 h. t. v. „contra legem depositionis“. Fr. 11 § 2 de recept. (4. 8): res depositae eo pacto, ut ei daret qui uicerit. C. 5. 6. h. t.

so hat dieses si tamen zu dem Vorhergehenden gar keinen Bezug. Sehr wahrscheinlich folgte bei Ulpian auf die Worte

In sequestrem depositi actio competit

zunächst die Formel der sequestraria, worin ein bestimmter Ort der Exhibition nicht genannt war; darauf geht dann das si tamen nebst dem Folgenden. Der Musterfall aber wäre hienach der der Sequestration zum Zwecke der Sicherung zukünftiger Exhibition gewesen[1]).

Eine Reconstruction wäre nach Obigem unschwer herzustellen. Wäre gewiss, was ich aus fr. 7 pr. h. t. als wahrscheinlich gefolgert habe — dass nämlich in der Formel des dolus des Beklagten Erwähnung geschah —, so müssten wir dieselbe in factum concipiren. —

Nicht im Album proponirt dürfte die alte Civilklage ex causa depositi gewesen sein, von der coll. X 7 § 11 meldet:

> Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.

§ 107. *FIDUCIAE UEL CONTRA*[2]).

Ulp. 30[3]), Paul. 31[4]), Gai. 10[5]), Julian. 13[6]).

Schon Giphanius hat die actio fiduciae neben der actio depositi vermutet, und diese auch durch die Ordnung in des Paulus sententiae (II 12. 13) bestätigte Vermutung wird durch das massenhafte in n. 3—6 aufgezeigte Material zur Gewissheit. Zu verwundern ist, dass Rudorff dies übersehen, die actio fiduciae im E. P. § 100 mit der actio pigneraticia zusammenschweissen und an Stelle jener einen durchaus unbeglaubigten Titel de usuris in das Album einschieben konnte.

Die actio fiduciae war bonae fidei — Gai. IV 62 — und existirte als directa und contraria; von jener handelt Ulp. 30 in fr. 22 pr.—§ 2, 24 § 1—ult. de pign. act. (13. 7), von dieser Ulp. 30 in fr. 22 § 3. 4, 24 pr. eod. und Paul. 31 in fr. 25 eod. vgl. Paul. sent. II 13 § 7.

Von der Formel wissen wir zunächst, dass sie zu Ciceros Zeit die eigen-

1) Vgl. fr. 11 § 1 i. f. ad exhib. (10. 4), fr. 7 § 2 qui sat. cog. (2. 8), Petron. sat. c. 14. Muther, a. a. O. S. 153. 164 fg.

2) Vgl. meine Abh. in der Zschr. der Sav.-Stift. f. R. G. III S. 104 fgg., 177 fgg., wo die Beziehungen im Einzelnen nachgewiesen sind.

3) Fr. 22, 24 de pign. act. (13. 7), fr. 3 de l. commiss. (18. 3), fr. 45 de R. J. (50. 17).

4) Fr. 25 de pign. act. (13. 7), fr. 31 de A. R. D. (41. 1), fr. 12 de nouat. (46. 2). Fr. 25 cit. ist fälschlich idem (Ulp.) statt Paul. 31 inscribirt: dem Schreiber schwebte irrig Paul. als Verfasser von fr. 24 vor. Landucci, arch. giurid. XVIII S. 412, missbilligt diese Verbesserung und schlägt statt dessen vor, lib. 31 in lib. 30 zu verbessern: allein dies würde ein zweites Versehen der Compilatoren oder Abschreiber voraussetzen; denn, wenn fr. 25, wie fr. 24, aus Ulp. 30 stammte, so hätte es nach der Regel gar nicht neu inscribirt werden dürfen.

5) Fr. 46 de R. J. (50. 17) ict. fr. 22 § 1 de pign. act. (13. 7).

6) Fr. 40 de iureiur. (12. 2), fr. 30 mand. (17. 1), fr. 10 de in diem add. (18. 2), fr. 23 de A. E. V. (19. 1), fr. 36 de A. R. D. (41. 1), fr. 36 de A. u. A. P. (41. 2), fr. 18 de precario (43. 26), fr. 16 de O. et A. (44. 7), fr. 15 de nou. (46. 2), fr. 32 de solut. (46. 3), fr. 84 ad l. Fal. (35. 2), fr. 7 de euict. (21. 2) — die letzten beiden Stellen auf die Freundschaftsfiducia post mortem bezüglich, vgl. Gai. fr. 27 § 1 mand. (17. 1) —; cit. fr. 14 pr. mand. (17. 1)?

tümliche Clausel „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione" enthielt[1]). Um dieselbe in der Formel unterzubringen, muss man hinzudenken „*s. p. . . . . ita negotium actum non esse*[2]), *ut* rel.". Man nimmt gewöhnlich an, dass die Clausel in späterer Zeit abgekommen und in das Hadrianische Edict nicht übergegangen sei[3]): wie mir scheint, ohne hinreichenden Grund. Sehr wahrscheinlich dürften vielmehr die auf unsere actio bezüglichen Worte

non potest uideri bona fide negotium agi

bei Julian. 13 fr. 10 de in diem add. (18. 2) eine Anspielung auf jene Clausel enthalten.

Ein zweites Stück unserer Formel lässt sich aus Ulp. 30. fr. 24 § 1 de pign. act. (13. 7) erkennen:

Qui reprobos nummos soluit creditori, an habet *fiduciae*[4]) actionem quasi soluta pecunia, quaeritur . . .

Hienach muss nämlich, ganz wie bei der actio pigneraticia directa, so auch hier das „eamque pecuniam solutam esse" zu den Bedingungen der Condemnation gehört haben[5]), und es ist anzunehmen, dass daneben wohl auch das „eo nomine satisfactum esse[6]) aut per N^m N^m stetisse quo minus solueretur" nicht gefehlt hat. Von dem „eamque rem redditam non esse" der actio pigneraticia ist uns hier keine Spur erhalten; zur Not war diese Clausel wegen des „ut inter bonos bene agier oportet" zu entbehren; doch stand sie wahrscheinlich ebenfalls in der Formel.

Nach alledem kommen wir zu einer recht umfangreichen und mit einem eigentümlichen Hinweis auf das ius aequum versehenen formula in factum concepta, etwa:

S. p. A^m A^m N^o N^o fundum q. d. a. ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse[7]) *eamque pecuniam solutam eoue nomine satisfactum esse aut per N^m N^m stetisse quo minus solueretur eumque fundum redditum non esse negotiumue ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit, tantam pecuniam* et rel.

Auf die fiducia cum amico contracta[8]) war diese Formel mit einer leichten Veränderung ebenfalls anwendbar: hier musste man nur die Worte eamque pecuniam bis solueretur weglassen. Gleichwohl wird man mit Rücksicht auf die actio contraria wahrscheinlich für beide Arten der fiducia noch eine zweite in ius concipirte Formel nach dem gewöhnlichen Schema der bonae fidei actiones[9])

Quod A^s A^s (N^s N^s) . . . . . mancipio dedit, quidquid et rel.

anzunehmen haben[10]).

1) Cic. top. c. 17 § 66, de off. III 15 § 61, 17 § 70, ad famil. VII 12.
2) Vgl. Cic. ad Att. VI 1 § 15.
3) S. z. B. Keller C. Pr. bei n. 297 v. „in der ältern Zeit", Rudorff, E. P. § 100 n. 9. Anders Savigny, System V S. 490.
4) *D.* pigneraticiam.
5) Hieher Julian. 13 fr. 32 de solut. (46. 3).
6) Hieher Julian. 13 fr. 40 de iureiur. (12. 2), Paul. 31 fr. 12 de nouat. (46. 2).
7) Oder in iure cessisse: Gai. II 59. Isidor. orig. V 25 § 23.
8) Gai. II 60, Boeth. ad Cic. top. c. 10 § 42. Beispiel einer solchen bei Julian. 13 fr. 30 mand. (17. 1).
9) Ganz unhaltbare Fassung bei Rudorff, E. P. § 100. Vgl. Lenel, a. a. O. S. 112.
10) Vgl. auch Cic. de off. III 17 § 70: fidei bonae nomen manare latissime idque uersari in . . . . fiduciis . . . .

Noch ist schliesslich eines eigentümlichen Anhängsels Erwähnung zu tun, das die actio directa aus der fiducia cum seruo contracta erhielt. Cicero — de off. III 17 § 70 — führt direct neben dem „ut inter bonos bene agier oportet“ unserer Formel die Clausel an „uti ne propter te fidemue tuam captus fraudatusue sim“, freilich ohne uns über den Zusammenhang derselben nähere Auskunft zu geben, ja ohne auch nur ausdrücklich zu sagen, dass sie in Beziehung zur fiducia stehe. Diese Beziehung ist gleichwohl, wie sich ergeben wird, sicher, und das ist auch die herrschende Meinung. Aber unrichtig ist es, wenn die herrschende Meinung[1]) darin eine Art formeller doli clausula bei der mancipatio fiduciae causa erblickt. Aller Wahrscheinlichkeit nach gehörten die Worte vielmehr in eine legis actio fiduciae, und aus den Digesten wissen wir wenigstens mit Bestimmtheit so viel, dass sie in entsprechend veränderter Form ein ständiges Stück der Formel bildeten, wenn aus der mit einem Gewaltunterworfenen abgeschlossenen fiducia wider dessen Gewalthaber geklagt wurde: hier wurden der Formel die Worte angehängt „et si quid dolo malo N[1] N[1] captus fraudatusque actor est“. Vgl. Ulp. fr. 36 de peculio (15. 1):

> . . . . quod in seruo, cui res *fiduciae* data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit. namque si seruo res *fiduciae* data sit, non solum de peculio et in rem uerso competit actio, uerum hanc quoque habet adiectionem „et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est“.

In den Digesten steht, wo ich hier *fiduciae* lese, statt dessen: pignori. Die Interpolation erhellt aber zur Evidenz aus der Vergleichung mit fr. 3 § 5 commod. (13. 6):

> Sed non tantum ex causa doli earum personarum pater uel dominus condemnetur, sed et ipsius quoque domini uel patris fraus dumtaxat uenit, ut Iulianus libro undecimo circa pigneraticiam actionem distinguit.

In lib. 11 dig. handelt Julian ex professo von der actio pigneraticia (s. § 99): in fr. 3 § 5 cit. ist also die actio pigneraticia nicht interpolirt, und wir ersehen daraus, dass die Formel der letztern jenen Zusatz nicht gehabt haben kann, dass vielmehr die Berücksichtigung des dolus domini in sie, wie in die übrigen bonae fidei iudicia[2]), erst im Wege der Interpretation von den Juristen hineingetragen wurde[3]).

1) Rudorff, Zschr. f. gesch. R. W. XIII S. 183, Huschke, ebendas. XIV S. 246, Dernburg, Pfandrecht I S. 8 u. A. m. Vgl. auch Degenkolb, Zschr. f. R. G. IX S. 175 fg.

2) Vgl. ausser fr. 3 § 5 cit. und fr. 36 cit. noch: fr. 1 § 42 depos. (16. 3), fr. 5 pr. de pec. (15. 1).

3) Ausser bei der actio fiduciae darf nirgends an einen ausdrücklichen Zusatz gedacht werden, auch nicht an einen solchen, der etwa auf Antrag vom Prätor beigefügt wurde. Man beachte nur in fr. 36 de pec. den Gegensatz zwischen dem „quod in seruo, cui res fiduciae data est, expressum est“ und dem „hoc et in ceteris b. f. iudiciis accipiendum esse“, wobei doch nur an ein tacite accipiendum esse gedacht werden kann. Hierauf führt auch schon, was Ulpian in fr. 36 cit. kurz vorher selbst sagt: ego autem arbitror non solum de peculio sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. Irrig sind daher die Reconstructionen bei Keller, Jahrbb. d. gem. Rts. III S. 194 (Ziff. 4[a]), und Rudorff, E. P. § 105 p. 114.

Fragt man nun, wie gerade die actio fiduciae zu jenem Zusatz kam, so liegt die Antwort sehr nahe. Wer einem Sklaven eine Sache lieh, verpfändete, sie bei ihm deponirte u. s. w., der war gegen dolus des Herrn, auch wo die actio de peculio nicht zustand oder nicht ausreichte und überhaupt schon ehe es eine actio de peculio gab, genügend geschützt durch rei uindicatio, actio ad exhibendum, actio furti u. s. w. Wer dagegen einem Sklaven eine Sache fiduciae causa mancipirt und so dessen Herrn zum Eigentümer derselben gemacht hatte, der hätte, ohne ausserordentliche Hilfe, gegen dolus des dominus Schutz erst in der Zeit erhalten können, wo die adjecticischen Klagen nicht bloss existirten, sondern bereits zum Gegenstand einer sehr freien Interpretation gemacht wurden[1]). Nun kann es einerseits kaum einem Zweifel unterliegen, dass die so altertümlich gefasste actio fiduciae älter ist als die sämmtlichen adjecticischen Klagen, und andererseits ist es nicht glaublich, dass der so wichtige Fall der fiducia cum seruo contracta nicht schon von Anfang an Berücksichtigung gefunden haben sollte: der Umstand, dass der Herr das Eigentum der fiducia erhielt, machte eine solche Berücksichtigung, nachdem einmal die fiducia überhaupt klagbar geworden war, zur praktischen Notwendigkeit. Nichts ist daher natürlicher, als dass hier schon in sehr alter Zeit eine auf den Geschäftsabschluss mit dem Sklaven und auf den Treubruch des dominus gestützte Formel entstand[2]), deren auszeichnender Zusatz vom Prätor später dann auch in die solchenfalls zuständige adjecticische Klage eingerückt wurde[3]).

§ 108. MANDATI UEL CONTRA[4]).

Ulp. 31[5]), Paul. 32[6]), Gai. 10[7]), Julian. 14[8]).

Formula:

Quod A^s A^s N^o N^o (contraria: *N^s N^s A^o A^o*) *mandavit, ut . . . . . ., quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o* (*alterum alteri*) *dare facere*[9])

1) Nur in einer ganz speziellen Beziehung nahm die Formel der actio de peculio (von jeher?) auf den dolus des dominus Rücksicht. Vgl. S. 221. 225.

2) Nach dem Schema: quod A^s A^s Sticho seruo . . . . mancipio dedit, si quid ob eam rem dolo malo N^i N^i A^s A^s captus fraudatusque est. Die genaue Fassung bleibt natürlich dahingestellt.

3) Man scheint hier — nach fr. 36 i. f. de pecul. — den Zusatz an die condemnatio angeschlossen zu haben, als eine Erweiterung der Clauseln de peculio und de in rem uerso. So auch Stephan. in Bas. XVIII 5, 36 (sch. 140 suppl. Basil. ed. Zach. p. 223).

4) D. (17. 1), C. (4. 35), I. (3. 26).

5) Fr. 6, 8, 10, 12, 14, 16 h. t., fr. 15 de R. C. (12. 1), fr. 19 de P. V. (19. 5), fr. 2 de proxen. (50. 14).

6) Fr. 1, 3, 5, 9, 22, 26 h. t., fr. 41 (42) de N. G. (3. 5), fr. 9 de d. m. exc. (44. 4), fr. 28 de cond. indeb. (12. 6), letztere Stelle wohl, gleich fr. 9 de d. m. exc. (vgl. fr. 8 § 1 h. t.), auf einen Fall des Prozessführungsauftrags bezüglich.

7) Fr. 13, fr. 27 h. t. Letztere Stelle ist Gai. 9 inscribirt. Die Vergleichung mit fr. 13 h. t. lässt um so eher ein Versehen vermuten, als es nach Gai. 10 fr. 46 de R. J. wahrscheinlich ist, dass Gaius schon die fiducia in lib. 10 erörtert hat.

8) Fr. 31 h. t., fr. 13 de fideiuss. (46. 1). Das Citat in fr. 6 § 6, vielleicht auch das in fr. 14 pr. h. t. (s. aber Lenel, Zschr. der Sav.-Stift. III S. 117 fg.), ist hienach zu berichtigen.

9) Paul. fr. 45 § 5 h. t.

praestare[1]) *oportet ex fide bona*[2]), *eius iudex* N^m N^m A^o A^o (*alterum alteri*) *c.*[3]) *s. n. p. a.*

Die obige Formel darf wohl in allem Wesentlichen als sicher bezeugt gelten. Ulpian scheint zunächst die actio directa erörtert zu haben, und zwar das „quis teneatur“ (demonstratio) in fr. 6, 8 pr.—§ 5, das „quid ueniat“ (intentio) in fr. 8 § 6—ult., fr. 10 pr.—§ 10 h. t.; doch sind die Abschnitte nicht ganz sicher festzustellen. Bei fr. 10 § 11 beginnt die Behandlung der contraria.

Rudorff construirt neben der directen Klagformel noch eine besondere ficticische zum Gebrauch der filii familias. In der Tat ist für diesen Zweck eine utilis actio in den Quellen erwähnt — fr. 18 § 1 de iudic. (5. 1), fr. 47 (46) i. f. de hered. instit. (28. 5) —, wie auch eine contraria in factum actio — fr. 12 § 6 h. t. Im Album war aber weder diese noch jene proponirt, wie aus der Darstellungsweise der Juristen selbst hervorgeht[4]), und über ihre Fassung sind wir nicht unterrichtet.

Wahrscheinlich ist mir dagegen allerdings eine speziell auf den Rückgriff der Bürgen berechnete formula in factum concepta der actio contraria. Es ist nämlich überaus auffallend, dass Ulpian nach Erledigung der directa actio zunächst speziell vom Rückgriff der fideiussores und mandatores handelt (fr. 10 § 11—ult., fr. 12 pr.—§ 6 h. t.) und dann in fr. 12 § 7 h. t. so, als ob bisher gar nicht vom contrarium iudicium die Rede gewesen wäre, fortfährt:

> Contrario iudicio experiuntur qui mandatum susceperunt, ut puta qui rerum vel rei unius procurationem susceperunt.

Und nicht minder ist es auffallend, dass zweimal — in fr. 26 § 2 und fr. 47 pr. h. t. — gerade im Hinblick auf den Rückgriff der Bürgen der Begriff „pecuniam abesse“ als der für die Zuständigkeit der contraria actio massgebende behandelt wird[5]).

§ 109. PRO SOCIO[6]).

Ulp. 31[7]), Paul. 32[8]), Gai. 10[9]), Julian. 14[10]).

Unter der Rubrik pro socio stand:

1. Das Edict über das gegenseitige beneficium competentiae der socii, wovon Pompon. fr. 22 § 1 de re iud. (42. 1) berichtet:

1) Wahrscheinlich: nach Gai. III 155 und vielen Stellen unseres Titels.

2) Cic. de off. III 17 § 70. Gai. III 155. IV 62. Ulp. 31 fr. 10 pr. ict. fr. 8 § 9 h. t., Paul. 32 fr. 22 § 4 h. t. S. ferner fr. 29 § 4, 59 § 1 h. t., fr. 47 (46) de hered. instit. (28. 5), c. 11, 12, 14, 20 § 1 h. t.

3) Rudorff, E. P. § 112, schiebt ein: nisi restituat, an sich nicht wahrscheinlich und durch Cic. pro Roscio Amer. c. 39 § 114 nicht bewiesen.

4) Fr. 18 § 1 cit. „ego semper probaui“, vgl. auch fr. 47 (46) cit. i. f.

5) Fr. 26 § 2 h. t.: abesse intellegitur pecunia etc. Fr. 47 pr. h. t.: agere eum posse, quia intellegitur abesse ei pecunia etc.

6) D. (17. 2), C. (4. 37), I. (3. 25).

7) Fr. 5, 20, 24, 26, 33, 44, 49, 52, 58, 61, 63 h. t., fr. 6 de tut. et rat. (27. 3) cf. fr. 58 § 2 h. t., fr. 47 de R. J. (50. 17). Die letzte Stelle ist falsch Ulp. 30 inscribirt: vgl. fr. 47 § 1 cit. mit fr. 20 h. t. Zu fr. 47 pr. vgl. fr. 3 § 3 h. t.

8) Fr. 1, 3, 13, 65, 67, 70 h. t., fr. 16 de R. C. (12. 1), fr. 9, 11 de compens. (16. 2), fr. 7 locati (19. 2). Fr. 70 h. t. ist falsch Paul. 33, fr. 11 de compens. falsch Idem (Ulp.) 32 inscribirt. Zweifelhaft ist mir die Inscription von fr. 7 locati (analoge Heranziehung des Rechts der Miete?).

9) Fr. 2, 22, 34, 66, 68 h. t.

10) Cit. fr. 58 § 2, 63 § 1 h. t.



Quod autem de sociis dictum[1]) est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit.

Nach fr. 63 pr. h. t. hat es den Anschein, als ob das Edict auch den Fall „quod dolo malo fecerint, quo minus possint“ vorgesehen hätte. Dieser Schein wird durch fr. 63 § 7 h. t. widerlegt.

2. Die Formel der actio pro socio, die etwa so gelautet haben mag:

Quod A^s A^s cum N^o N^o societatem omnium bonorum[2]) *coiit*[3]), *quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o (alterum alteri) pro socio*[4]) *dare facere praestare*[5]) *oportet ex fide bona*[6]), *dumtaxat quod N^s N^s facere potest, eius iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

Ulpians Commentar zerfällt auch hier wieder in die gewöhnlichen Stücke: quis teneatur (demonstratio) fr. 5, 52 pr., quid ueniat (intentio) fr. 52 § 1—ult., fr. 58, 61 h. t. Darauf folgt die Erläuterung zu „quod facere potest“ in fr. 63 pr.—§ 7 h. t.[7]). Von den einzeln verzettelten Fragmenten gehören fr. 20, 33, 44 wohl zur demonstratio, fr. 24, 26, 49 zur intentio.

3. Die Formel der actio in heredem socii[8]), fr. 35 h. t.:

in heredem .... socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet.

Commentirt ist dieselbe bei Ulp. 31 in fr. 63 § 8. 9 h. t. Der Beklagte wird hier als Erbe des socius bezeichnet gewesen sein, und in der intentio werden die Worte pro socio gefehlt haben.

§ 110. *DE AESTIMATO*[9]).

Ulp. 32[10]), Paul. 32[11]), Gai. 10[12]), Julian. 14[13]).

Ulp. 32 fr. 1 pr. h. t.:

Actio de aestimato proponitur[14]) tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata uendenda datur, utrum ex

1) edictum? (Rudorff).

2) Dies war der Musterfall: fr. 63 pr. h. t. v.: etiamsi non uniuersorum bonorum socii sunt, sed unius rei. Darum steht auch die societas omnium bonorum in den Commentaren voran — Paul. 32 fr. 1 § 1, fr. 3 pr. § 1 h. t., Ulp. 31 fr. 5 pr. h. t., s. auch Gai. III 148 — und wurde nach fr. 38 pr. h. t. das iudicium pro socio von Sabinus zu den iudicia generalia gerechnet.

3) Coire, nicht contrahere (Rudorff, E. P. § 113) ist der regelmässige Ausdruck: s. z. B. fr. 1 pr., fr. 3 § 1—3, fr. 4 pr., fr. 5 § 1, fr, 6, 7 h. t.

4) Die Worte sind nicht bezeugt, ergeben sich aber als wahrscheinlich aus dem Namen der actio.

5) Statt d. f. p. hat Rudorff, unter Zustimmung von Bekker (Aktionen I S. 143), — auf Grund von Cic. pro Roscio com. c. 4 § 12 — dare facere repromittere. Allein die bei Cicero l. c. angeführte Formel ist nicht die Formel des arbitrium pro socio, das vielmehr zu den arbitria in quibus additur ex fide bona gehörte — Cic. de off. III 17 § 70 —; über ihre wirkliche Bedeutung vgl. Baron, Zschr. der Sav.-Stift. I S. 120 fg. Die römische Jurisprudenz bringt alle möglichen Leistungen unter die drei Begriffe dare facere praestare, fr. 3 pr. de O. et A. (44. 7). Für unsere Formel vgl. etwa: fr. 71 pr., fr. 52 § 2, 58 § 2, 62 h. t. Eher gegen, als für repromittere spricht fr. 38 pr. h. t. (officium iudicis!).

6) Gai. IV 62, fr. 35, 38, 45, 52 § 1, 78, 79 h. t.

7) S. auch Paul. 32 fr. 67 i. f., Gai. 10 fr. 68 § 1 h. t.

8) Vielleicht auch für den Erben: fr. 63 § 9 h. t.

9) D. (19. 3) de aestimatoria.

10) Fr. 1 h. t., fr. 20 de P. V. (19. 5).

11) Fr. 2 h. t., fr. 1 de rer. permut. (19. 4). Fr. 2 cit. ist fälschlich Paul. 30 inscribirt.

12) Fr. 22 de P. V. (19. 5).

13) Fr. 3 de P. V. (19. 5), fr. 2 de obsequ. (37. 15).

14) Vgl. § 28 I. de act. (4. 6): praescriptis uerbis, quae de aestimato proponitur.

uendito sit actio propter aestimationem, an ex locato . . . . an ex conducto . . . . . an mandati. melius itaque uisum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conueniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis uerbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent quae in bonae fidei iudiciis diximus.

Hält man diesen Bericht mit den zahlreichen Stellen zusammen, in denen die actio praescriptis uerbis als (incerti) civilis actio bezeichnet wird[1]), und fügt man hinzu, dass dieselbe nach § 28 I. de act. (4. 6) und fr. 2 § 2 de prec. (43. 26) bonae fidei ist, so wird man nicht zweifeln können, dass intentio und condemnatio unserer Formel denen der übrigen bonae fidei iudicia durchaus entsprachen. Eine unwesentliche Formalfrage ist, ob wir uns die praescripta uerba als eigentliche praescriptio oder als demonstratio zu denken haben. M. E. berechtigt der übliche Name praescriptis uerbis noch nicht zu der erstern Annahme[2]), da diese Bezeichnung möglicher Weise nur das andeuten wollte, dass das der Klage zu Grunde liegende Geschäft, weil eines technischen Namens entbehrend, im Eingang der Formel beschrieben werden musste[3]). Auch wüsste ich nicht, warum der Prätor hier principiell[4]) von der üblichen Form abgegangen sein sollte. Die demonstratio

Quod A^s A^s N^o N^o mensam argenteam aestimatam uendendam dedit

ist gewiss nicht schwerfälliger als viele andere.

Die actio de aestimato war die einzige im Edict proponirte actio praescriptis uerbis[5]). In allen andern Fällen wurde dieselbe ad exemplum dieser erteilt. Für die Tauschklage[6]) erhellt dies evident aus fr. 1 § 1 de rer. permut. (19. 4):

. . . . si ea res, quam acceperim uel dederim, postea euincatur, in factum dandam actionem respondetur.

Auch wäre der von Gai. III 141 und Paul. 33 fr. 1 § 1 de C. E. (18. 1) erwähnte Schulenstreit, ob der Tausch unter den Begriff emptio uenditio falle, von Gaius sicher nicht mehr als brennender behandelt worden, wenn ihn das edictum perpetuum durch Gewährung einer besondern Formel erledigt hätte, und auch Paulus würde sich solchen Falls schwerlich mit einem „uerior est Neruae et Proculi sententia" begnügt haben. Noch viel weniger darf angenommen werden, dass im Edict ein Formular für die generelle actio praescriptis uerbis proponirt war. Als Beispiel und Anhaltspunkt genügte die actio aestimatoria; eine schematisch-theoretische Formel aber, wie sie Rudorff (E. P. § 116) aufstellt

Quod A^s A^s N^o N^o illud dedit, ut N^s N^s illud daret faceret,

1) Vgl. z. B. fr. 7 § 2 de pact. (2. 14), fr. 23 comm. diu. (10. 3), fr. 1 § 1. 2, fr. 5 § 1, fr. 8, 15, 16 pr. de P. V. (19. 5), c. 33 [34] de transact. (2. 4), c. 6 de rer. permut. (4. 64), c. un. § 13 de rei ux. act. (5. 13), c. 22 de donat. (8. 53 [54]).

2) So auch Rudorff, R. G. II § 50 n. 5, E. P. § 114—116.

3) Vgl. „actio, quae praescriptis uerbis rem gestam demonstrat" in c. 6 de transact. (2. 4).

4) Bei besonders verwickelten Geschäften mag man, das gebe ich zu, zur praescriptio gegriffen haben.

5) A. M. Rudorff, E. P. § 115. 116.

6) Vgl. auch Wlassak, Edict und Klageform S. 105, der aber noch zweifelt.

ist an sich unglaublich und wird schon dadurch widerlegt, dass Paulus in fr. 5 de P. V. bei Besprechung der bekannten vier Schemata nichts von einer solchen Formel erwähnt: hätte sie existirt, so würde er sicher an sie angeknüpft haben[1]).

Zu der Annahme, dass die actio aestimatoria die einzige im Album proponirte actio praescriptis uerbis gewesen sei, stimmen auch in dem oben angeführten fr. 1 pr. h. t. die Worte:

> quotiens . . . de nomine contractus alicuius ambigeretur, conueniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis uerbis actionem.

Freilich sind diese Worte nicht genau so von Ulpian geschrieben, — sie sind in mehr als einer Beziehung anstössig[2]), und speziell das „dandam aestimatoriam p. u. actionem" ist im Munde Ulpians unmöglich. Immerhin aber deutet die Bemerkung und der Ort, wo sie steht, darauf hin, dass die Theorie der actio praescr. uerb. sich an die actio aestimatoria anschloss.

Und schliesslich: würde die actio aestimatoria wohl mit dem allgemeinen Namen praescriptis uerbis belegt worden sein, wenn neben ihr noch eine andere allgemeine praescriptis uerbis actio proponirt gewesen wäre?

§ 111. EMPTI UENDITI[3]).

Ulp. 32[4]), Paul. 33[5]), Gai. 10[6]), Julian. 15[7]).

Formulae.

Ex empto:

> QUOD As As DE No No HOMINEM Q. D. A. EMIT[8]), Q. D. R. A., QUIDQUID OB EAM REM Nm Nm Ao Ao DARE FACERE OPORTET[9]) EX FIDE BONA[10]), EIUS[11]) IUDEX Nm Nm Ao Ao C. S. N. P. A.

1) Vgl. Karlowa, das Rechtsgeschäft S. 254, auch Bekker, Aktionen II S. 149 n. 28.

2) Vgl. auch Ihering, Jahrb. f. Dogm. XV S. 384 fg., Karlowa, das Rechtsgeschäft S. 250 fg. Vermutlich liess sich Ulpian hier auf die Formelconstruction ein, und haben darum die Compilatoren eingegriffen.

3) D. (19. 1), C. (4. 49), I. (3. 23).

4) Fr. 11, 13, 15, 17 h. t., fr. 69 pro socio (17. 2), fr. 30 de C. E. (18. 1), fr. 16 de in diem add. (18. 2), fr. 4 de lege comm. (18. 3), fr. 4, 11 de H. u. A. V. (18. 4), fr. 1 de seru. export. (18. 7), fr. 4, 37 de euict. (21. 2), fr. 187 de V. S. (50. 16) — stipulationes emptae et uend. hered.

5) Fr. 21 h. t., fr. 1, 17, 34 de C. E. (18. 1), fr. 8 de in diem add. (18. 2), fr. 5, 9, 14, 16 de H. u. A. V. (18. 4), fr. 3 de rescind. uend. (18. 5), fr. 8 de peric. et comm. (18. 6), fr. 5 de euict. (21. 2), fr. 188 de V. S. (50. 16), endlich fr. 71 ad l. Falc. (35. 2), fälschlich Paul. 32 inscribirt.

6) Fr. 35 de C. E. (18. 1), fr. 12, 15 de H. u. A. V. (18. 4), fr. 9 de peric. et comm. (18. 6), fr. 6 de euict. (21. 2), fr. 49 de furtis (47. 2).

7) Fr. 24 h. t., fr. 39 de C. E. (18. 1), fr. 17 de in diem add. (18. 2), fr. 18 de H. u. A. V. (18. 4), fr. 5 de rescind. uend. (18. 5), fr. 8 de euict. (21. 2), fr. 5 de tritico (33. 6) cf. fr. 39 § 1 de C. E.; cit. fr. 4 § 1. 2, fr. 11 pr. de in diem add. (18. 2), fr. 11 § 13. 18, fr. 13 pr. de A. E. V. (19. 1), fr. 32 § 1 de euict. (21. 2). Fr. 12 de legib. (1. 3)?

8) Gai. IV 59. Utilis — quod . . . . in solutum accepit —: fr. 24 pr. de pign. act. (13. 7), c. 4 de euict. (8. 44). Mit folgender Fiction „si emisset"?

9) Gai. IV 131a.

10) Cic. de off. III 16 § 66; Val. Max. VIII 2, 1; Gai. IV 62; fr. 11 § 1. 18 h. t., fr. 3 de rescind. uend. (18. 5).

11) Taxatio? c. 4 h. t. S. darüber oben S. 120 n. 3.

Ex uendito:

QUOD A^s A^s N^o N^o HOMINEM Q. D. A. UENDIDIT[1]), Q. D. R. A., QUIDQUID OB EAM REM N^m N^m A^o A^o DARE FACERE OPORTET[2]) EX FIDE BONA[3]), EIUS IUDEX N^m N^m A^o A^o C. S. N. P. A.

Ulpian bespricht die actio empti in fr. 11, fr. 13 pr.—§ 18 h. t. (Nachträge: fr. 13 § 31, fr. 15, 17 h. t.), die actio uenditi in fr. 13 § 19—30 h. t. Erörterungen de contrahenda emptione fehlen in den erhaltenen Fragmenten Ulpians; sie finden sich bei Paul. 33 fr. 1, 17, 34 de C. E (18. 1) und bei Gai. 10 fr. 35 eod.

§ 112. LOCATI CONDUCTI[4]).

Ulp. 32[5]), Paul. 34[6]), Gai. 10[7]), Julian. 15[8]).

Formulae.

Ex locato:

Quod A^s A^s N^o N^o fundum (operas) q. d. a. locauit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare FACERE OPORTET[9]) EX FIDE BONA[10]), *eius, iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

Ex conducto:

Quod A^s A^s de N^o N^o fundum (operas) q. d. a. conduxit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona[11]), *eius, iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

Aus dem Commentar Ulpians werden der actio locati zuzuweisen sein: fr. 9, 11, 13 h. t. (die übergreifenden Erörterungen in fr. 9 pr. § 1 sind wohl nur gelegentlich angeknüpft); der actio conducti: fr. 15, 17, 19 pr.—§ 8 h. t.; fr. 19 § 9. 10 sind ein Anhang. Erörterungen de contrahenda locatione fehlen, wofern nicht fr. 23 comm. diu. (10. 3) hieher zu rechnen; sie finden sich bei Paul. 34 fr. 1, 20, 22 h. t., bei Gai. 10 fr. 25 pr. h. t.

Die in fr. 31 h. t. — Alfen. lib. V dig. a Paulo epitomat. — erwähnte actio oneris auersi, die Rudorff (E. P. § 118), allerdings mit einem Fragezeichen, unter die Rubrik locati conducti setzt, war eine Delictsklage[12]) und stand schwerlich jemals an dieser Stelle; aller Wahrscheinlichkeit nach aber ist sie, die schon dem Alfenus Varus überflüssig erschien (ideo se improbare actiones oneris auersi), in das edictum perpetuum überhaupt nicht übergegangen.

1) Gai. IV 40.
2) Vgl. fr. 27 de nouat. (46. 2).
3) Vgl. S. 239 n. 10; dazu noch: fr. 49 § 1 h. t. ict. fr. 54 pr. de locat. (19. 2).
4) D. (19. 2), C. (4. 65), I. (3. 24).
5) Fr. 9, 11, 13, 15, 17, 19 h. t., fr. 23 comm. diu. (10. 3), fr. 2 de cond. s. c. (12. 7).
6) Fr. 1, 20, 22, 24 h. t., fr. 2 de l. Rhodia (14. 2), fr. 189 de V. S. (50. 16).
7) Fr. 6, 25, 34 h. t.
8) Fr. 16, 18 h. t., cit. fr. 9 § 2, 15 § 9 h. t.
9) Paul. 34 fr. 189 de V. S. (50. 16): „facere oportere" et hanc significationem habet ....
10) Cic. de off. III 17 § 70; Gai. IV 62; fr. 54 pr. h. t., c. 17 h. t.
11) Cf. n. 10.
12) S. Glück, Erläut. der Pand. XVII, S. 426 fgg. und die daselbst Angeff.

Tit. XX.

DE RE UXORIA[1]).

Ulp. 33. 34, Paul. 35[2])—37, Gai. 11[3]), Julian. 16[4])—18.

Der Titel de re uxoria enthielt folgende Stücke:

1. Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur (Formel der actio rei uxoriae).
2. Edictum de alterutro.
3. De rebus amotis.
4. De moribus.

Die Ordnung dieser Stücke im Album ist sehr zweifelhaft. Vom edictum de alterutro und vom iudicium de moribus haben wir nur höchst unsichere Spuren. Das Edict über die Eideszuschiebung de rebus amotis wird von Ulpian an einer andern Stelle des Commentars erörtert als von Paulus: von jenem nämlich anscheinend gelegentlich der retentio propter res amotas, von diesem erst gelegentlich der actio rerum amotarum. Ich halte es unter diesen Umständen für verlorene Mühe, Hypothesen über die schliesslich ja nicht sehr wichtige ursprüngliche Anordnung aufzustellen.

Vergebens wird man in den zu unserm Titel erhaltenen Commentarfragmenten nach einer Andeutung über das berüchtigte praeiudicium quanta dos sit suchen. Ich halte es für sehr unwahrscheinlich, dass dasselbe unter diese Rubrik gehört (vgl. unten § 186).

Auffallend ist, dass sowohl bei Ulpian wie bei Paulus die Lehre von der Vererbung der actio rei uxoriae in einem spätern Buche steht als die sonstige Darstellung der Klage[5]): doch wage ich nicht, aus diesem Umstand Folgerungen zu ziehen.

1) Fr. Vat. vor § 94: de re uxoria ac dotibus (ed. Mommsen p. 302. 304. 306).

2) Paul. 35 enthält Einleitung zum Titel. Eheschliessung und -auflösung: fr. 6, 23 de adopt. (1. 7), fr. 7 de sponsal. (23. 1), fr. 2, 10, 14, 16 de R. N. (23. 2), fr. 1, 3 de diuort. (24. 2), fr. 191 de V. S. (50. 16), fr. 48 de R. J. (50. 17). Bestellung der dos und pacta: fr. 41 de J. D. (23. 3), fr. 12, 14, 16, 20 de pactis dot. (23. 4).

3) Einleitung zum Titel sind aus Gai. 11: fr. 8 de spons. (23. 1), fr. 17, 53, 55 de R. N. (23. 2), fr. 2 de diuort. (24. 2).

4) Julian. 16 enthält ebenfalls Einleitung (Lehre von der Ehe, der Bestellung der dos, dem Rechtsverhältniss an derselben durante matrimonio): fr. 11 de spons. (23. 1), fr. 18 de R. N. (23. 2), cit. fr. 3 § 16 de statu lib. (40. 7); fr. 7 de cond. c. d. c. n. s. (12. 4), fr. 44, 46 de J. D. (23. 3), fr. 7 de fundo dot. (23. 5), fr. 30 sol. matr. (24. 3), fr. 53 de V. O. (45. 1), cit. fr. 25 § 7 de usuf. (7. 1), fr. 33 de J. D. (23. 3), fr. 5 de fundo dot. (23. 5).

5) S. 242 n. 3 und 5.

§ 113. SOLUTO MATRIMONIO DOS QUEMADMODUM PETATUR[1]).

Ulp. 33[2]). 34[3]), Paul. 36[4]). 37[5]), Gai. 11[6]), Julian. 17[7]). 18[8]).

Die Formel der actio rei uxoriae war in bonum aequum concipirt. Die Worte „quod melius aequius erit“ sind uns zuverlässig als Bestandteil ihrer Formel überliefert[9]). Zwar reicht keines der in n. 9 angeführten Zeugnisse bis in die Zeit der Abfassung des Hadrianischen Edicts; allein, da eine Abänderung der überkommenen Formel, etwa einer Schablonirungstendenz zu lieb, durchaus unwahrscheinlich ist[10]), da ferner noch Gaius in fr. 8 de cap. min. (4. 5) die actio als in bonum et aequum concipirt bezeichnet[11]), so dürfen und müssen wir jene Worte auch für das Hadrianische Edict in Anspruch nehmen.

Trotz dieses positiven Anhaltspunkts gehen die Ansichten über die Construction der Formel im Uebrigen sehr auseinander[12]). Als intentio hat Dernburg: *quantum* N^m N^m A^{ae} A^{ae} *dare facere aequius melius esse paret;* Rudorff: *quod melius aequius erit* N^m N^m A^{ae} A^{ae} *dare repromittere;* Bechmann: *quidquid ex dote* N^m N^m *uxori reddere aequius melius esse parebit;* Czyhlarz: *quidquid* N^m N^m *dotis nomine uxori reddere oportere aequius melius esse parebit.* Ich unterlasse es hier darzulegen, was gegen jeden dieser Versuche speziell beizubringen sein möchte; m. E. entsprechen sie alle weder den Quellen noch auch den aus dem materiellen Recht der actio rei uxoriae sich ergebenden

1) D. (24. 3).

2) Fr. 22, 24, 62 (= 24 § 4) h. t., fr. 39 de J. D. (23. 3), fr. 11 de adm. et peric. (26. 7) cf. fr. 22 i. f. h. t., fr. 7 de castr. pec. (49. 17), fr. 3, 5 de bon. damn. (48. 20). Retentio propter res amotas: fr. 11, 13 de act. rer. amot. (25. 2), fr. 37 de iureiur. (12. 2). Retentio propter liberos (?): fr. 8 ad leg. Corn. de sic. (48. 8), cf. Papyr. Bernard. in den Monatsberichten der Berl. Akad. d. Wiss. 1881 S. 641. Retentio propter impensas: fr. 59 ict. 58 de legat. I. Retentiones überhaupt: fr. Vat. 120.

3) Vererbung (Ulp. fragm. VI 4. 7): fr. 21, 23 de usur. (22. 1), fr. 5 de diuort. (24. 2), fr. 27 de iure fisci (49. 14). Instrumenta und pacta: fr. 40 de J. D. (23. 3), fr. 14 eod. (?), fr. 11 de pact. dot. (23. 4), fr. 65 de iud. (5. 1), fr. 35 de don. i. u. et u. (24. 1) cf. fr. 20 pr. de pact. dot. (23. 4). Auch die retentio propter res donatas scheint Ulp. erst lib. 34 behandelt zu haben: fr. 10 de senat. (1. 9), fr. 190 de V. S. (50. 16) cf. fr. 3 § 1 de don. i. u. et ux. (24. 1); vielleicht gehört fr. 35 eod. ebenfalls hieher.

4) Fr. 23, 25 h. t., fr. 1, 3 de fundo dot. (23. 5); fr. 36 de don. int. u. et u. (24. 1) — retentio propter res donatas; fr. 4, 10 de impens. (25. 1) — propter impensas, wozu auch Paul. 7 breu. fr. 13 eod.

5) Vererbung: fr. 22, 24 de usur. (22. 1), fr. 26 h. t., fr. 49 de V. O. (45. 1).

6) Fr. 42 de J. D. (23. 3), fr. 15 de pact. dot. (23. 4), fr. 4 de fundo dot. (23. 5), fr. 6, 8, 10, 30, 42, 61 de don. i. u. et u. (24. 1), fr. 32 de A. R. D. (41. 1) — ret. propt. res don. (?), fr. 27 h. t. (Vererbung).

7) Retentiones: fr. 4, 37 de don. i. u. et u. (24. 1), fr. 1, 14 de don. (39. 5), fr. 13 de m. c. don. (39. 6), cit. fr. 5 § 9 de J. D. (23. 3), fr. 3 § 13, fr. 5 § 1. 13, fr. 11 § 3 de don. i. u. et u. (24. 1), fr. 2 de m. c. don. (39. 6). Pacta dotalia: fr. 13, 21 de pact. dot. (23. 4). Vererbung (?): fr. 63 de R. J. (50. 17).

8) Rest der Darstellung des Rechts der actio rei uxoriae: fr. 20 de R. C. (12. 1) — als Parallele herangezogen, fr. 47 de J. D. (23. 3), fr. 18 de pact. dot. (23. 4), fr. 31 sol. matr. (24. 3), fr. 85 ad l. Falc. (35. 2), fr. 14 de m. c. don. (39. 6). Cit. fr. 15 § 1 de don. i. u. et ux. (24. 1), fr. 4 de diuort. (24. 2), endlich wohl auch fr. 5 § 13 de J. D. (23. 3), wo aus Versehen Julian. 19 citirt.

9) Cic. top. c. 17 § 66, de offic. III 15 § 61, Labeo fr. 66 § 7 h. t., Proculus fr. 82 de solut. (46. 3). Prob. Einsidl. 9: M. A. E. = melius aequius erit.

10) Vgl. auch Dernburg, Compensation (2. Aufl.) S. 102 n. 1.

11) Vgl. auch Pompon. fr. 10 § 1 h. t.

12) Vgl. die Reconstructionen bei Dernburg, a. a. O. S. 101 fg., Rudorff, E. P. § 120, Bechmann, Dotalrecht II S. 324, Czyhlarz, Dotalrecht S. 365.

Forderungen. Existenz und Umfang der Restitutionsverpflichtung bei dieser Klage sind bekanntlich ganz wesentlich positiv geordnet. Die Verpflichtung setzt iure ciuili Auflösung der Ehe voraus, daher die Klage durante matrimonio nur durch fictio diuortii ermöglicht wurde[1]). Dessgleichen stehen die klagberechtigten Personen positivrechtlich fest, ist ferner die Minderung des Klaganspruchs durch retentiones höchst positiv geregelt. Und alle diese Rechtssätze positivster Natur sollten in der Formel ihren Ausdruck in einer intentio gefunden haben, die dem arbitrium iudicis in aller und jeder Beziehung den freiesten Spielraum liess? Die Quellen führen, soweit ich sehe, nicht zu dieser widersinnigen Annahme, sondern ganz im Gegenteil zu einer intentio certa: es ist uns ausdrücklich überliefert, dass die intentio nicht auf „quidquid“, sondern auf „dotem reddi[2])“ gerichtet war, Ulp. 33 fr. 22 § 9 h. t.:

> Item pater furiosae utiliter intendere sibi filiaeue suae reddi dotem potest.

Vgl. auch Fr. Vat. 119:

> Impp. Augg. Iulio Iu*liano rescripserunt* . . . . . . dotem recte reddi sibi desiderare . . . . . .

Ein intendere dotem reddi kann nun aber nimmermehr in dem Formelteil stattgefunden haben, in dem das überlieferte quod melius aequius erit gestanden hat, und versucht man andererseits etwa die Reconstruction

> Si A^{ae} A^{ae} dotem reddi melius aequius esse parebit,

so verstösst man gegen den Wortlaut „quod melius aequius erit“ und macht zugleich dem Judex die Berücksichtigung der Retentionen unmöglich, da er auf Grund einer so gestalteten Formel die dos nur im Ganzen hätte zu- oder absprechen können[3]). Wohl aber kann und muss die intentio folgender Massen gelautet haben:

> *S. p. N^m N^m A^{ae} A^{ae} dotem*[4]) *partemue eius reddere oportere,*

und daran schloss sich glatt und angemessen das Formelstück

> quod eius[5]) melius aequius erit[6]), eius iudex N^m N^m A^{ae} A^{ae} c. s. n. p. a.

Hier kommt das officium iudicis zu dem ihm gebührenden Recht: der Judex soll, nachdem er Dasein und Umfang des civilen reddi oportere nach Massgabe der positiven Rechtsquellen festgestellt hat, nunmehr untersuchen, ob nicht nach den Grundsätzen der aequitas die Restitutionspflicht weitere Modificationen, namentlich weitere Ermässigungen erleide, genauer: auf wie viel der Beklagte um seiner festgestellten Restitutionspflicht willen ex aequo et bono zu condemniren sei. Zu dieser Formelfassung stimmt einerseits die

1) C. 30 i. f. de J. D. (5. 12).

2) Wegen des Worts reddere, das für die Bezeichnung des Inhalts der Restitutionsverbindlichkeit das allgemein technische ist, vgl. ausser den im Text angeff. Stellen noch besonders: fr. 30 § 2 de iureiur. (12. 2), fr. 66 pro socio (17. 2), fr. 34 h. t., fr. 82 i. f. de solut. (46. 3).

3) Vgl. Bechmann, a. a. O. S. 320.

4) Rem uxoriam?

5) Quod eius aequius melius erit haben die besten Handschriften in Cic. top. c. 17 § 66.

6) Wahrscheinlich stand die Clausel einfach so da; der Judex konnte sich subintelligiren „N^m N^m A^{ae} A^{ae} condemnari“ oder auch vielleicht „A^{ae} A^{ae} reddi“, vgl. fr. 82 i. f. de solut. (46. 3). An ein quantum aequius melius erit dari repromittiue ist m. E. jedenfalls nicht zu denken: wegen Cic. pro Roscio com. c. 4 § 11. 12 vgl. oben S. 237 n. 5. Mit dem arbitrium rei uxoriae hat diese Stelle übrigens unter keinen Umständen zu tun.

Verwertung des melius aequius bei Labeo und Proculus in fr. 66 § 7 h. t. und fr. 82 de solution. (46. 3), und andererseits hat die von mir behauptete auf reddi oportere gestellte intentio eine directe Stütze an Gai. fr. 66 pro socio (17. 2):

> Quod si eo tempore quo diuiditur societas in ea causa dos sit, ut certum sit eam uel partem eius reddi non oportere .....

Vgl. Paul. fr. 30 § 2 de iureiur. (12. 2):

> ..... si iurauit decem se dedisse in dotem, hoc solum non erit quaerendum, an data sint, sed quasi data sint, quod ex eo reddi oportet, praestandum erit.

Sind obige Vermutungen richtig, so wird es damit zugleich mehr als wahrscheinlich, dass die actio rei uxoriae keine demonstratio hatte: denn wozu eine solche, da doch die Tatsache der Bestellung der dos — nur auf diese könnte die demonstratio gelautet haben — schon aus der intentio ersichtlich war[1])? Nicht unwahrscheinlich ist mir dagegen, dass die den Gegenstand der Klage bildende dos je nach Verschiedenheit des Falles als profecticia oder aduenticia in der intentio selbst bezeichnet war. Es musste sich dies durch Zweckmässigkeitsgründe empfehlen, und der an sich völlig sinnlose, weil die Hauptsache verschweigende, Name dos profecticia würde sich vortrefflich erklären, wenn wir seinen Ursprung in einem „dotem quae ab A° A° profecta est" oder einer ähnlichen Wendung der Formel suchen dürften.

Bei der Klage adiuncta filiae persona ging die intentio nach Ulp. 33 fr. 22 § 9 h. t. auf „patri filiaeue reddi oportere"[2]), während die condemnatio auf den Namen des Vaters allein gestellt wurde.

Noch erheben sich schliesslich zwei Spezialfragen. Erstlich: enthielt unsere Formel eine Clausel, wodurch ein iussus de reddenda dote, speziell etwa de cauendo und de restituendo vorgesehen war? Darauf lässt sich m. E. nur mit einem non liquet antworten. Zweifellos, dass der Judex dem Beklagten bei Vermeiden der Condemnation, wie auch dem Kläger bei Vermeiden der Absolution mancherlei Cautionen auflegen konnte und musste[3]), zweifellos auch, dass er überhaupt einen iussus de restituendo erlassen[4]) und bei Ungehorsam den Kläger zum Schätzungseid zulassen konnte[5]), nicht bewiesen und sehr zweifelhaft dagegen, dass diese Functionen des officium iudicis auf einer besondern Clausel der Formel beruhten: denn das quod melius aequius erit kann sehr wohl als ausreichende Ermächtigung des iudex zu allen jenen

1) Vgl. des Nähern die treffenden Bemerkungen Bechmanns, a. a. O. S. 322, wo auch die Unmöglichkeit einer auf die Tatsache des diuortium gestellten demonstratio nachgewiesen ist.

2) Bechmann, a. a. O. S. 325, meint, diese Fassung sei unmöglich, da von einem oportere gegenüber einer filia familias keine Rede sein könne. Dem entgegen ist darauf hinzuweisen, dass durch ein „s. p. dotem A° A° filiaeue eius reddi oportere" die filia keineswegs als Subject der Obligation hingestellt, sondern nur so viel verlangt ist, dass eine Civilverpflichtung des Beklagten vorhanden sein müsse, die dos „patri filiaeue" zurückzugeben; wenn andere in ius concipirte actiones in personam Hauskindern verschlossen sind, so ist die Ursache einfach die, dass eine Verpflichtung z. B. aus Kauf oder Stipulation, dem Hauskind zu leisten, nicht besteht.

3) Fr. 24 § 2. 6, fr. 25 § 1. 4, fr. 57 h. t., fr. 7 § 15, fr. 55 eod.

4) Vgl. Czyhlarz, a. a. O. S. 364 oben.

5) Fr. 25 § 1 h. t.

Massnahmen gegolten haben; ich mache namentlich auf das Futurum „erit" aufmerksam, das auf den Zeitpunkt der Condemnation hinweist und darum Berücksichtigung aller durante lite erfolgten Leistungen des Beklagten erlaubte. Zweitens: enthielt die Condemnation die beschränkende exceptio „quantum facere potest"? Dies nimmt Rudorff an, m. E.[1]) mit Unrecht. Die iuris ignorantia des iudex, wovon in fr. 17 § 2 h. t. die Rede ist, ist kaum denkbar, wenn das beneficium competentiae in der Formel ausgedrückt war[2]); dasselbe beruhte wohl lediglich auf Interpretation des melius aequius, und dafür spricht auch das

maritum in id quod facere potest condemnari exploratum est

in fr. 12 h. t., wie andererseits der Umstand, dass das beneficium der actio ex stipulatu gegenüber bekanntlich nicht Platz griff[3]).

§ 114. DE ALTERUTRO.

Ulp. 34[4]).

Iustinian. c. un. § 3[a] de rei uxor. act. (5. 13):

> Sciendum .... est edictum praetoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare, ut uxor et a marito relicta accipiat et dotem consequatur .....

Theodos. c. 7 pr. C. Theod. de test. (4. 4):

> ..... mulier in edicto, quod de alterutro est, cum suam explanauerit optionem, ne paenitentia possit ad aliud transire, etiam satisdatione cogetur praecauere, nisi si aetatis iuuetur auxilio.

Ueber das Edict de alterutro vgl. Czyhlarz, Dotalrecht S. 476 fgg. u. die daselbst Angeff.

§ 115. DE REBUS AMOTIS[5]).

Ulp. 33[6]). 34[7]), Paul. 37[8]), Julian. 19[9]).

Diocl. et Maxim. c. 2 h. t.:

> Diuortii gratia rebus uxoris amotis a marito uel ab uxore mariti rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio.

Paul. 7 ad Sab. fr. 1 h. t.:

> Rerum amotarum iudicium singulare introductum est aduersus eam, quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse.

Die actio rerum amotarum war eine prätorische und in factum concipirte Klage[10]). Zwar heisst es bei Gai. 4 fr. 26 h. t.:

1) Uebereinstimmend Brinz, krit. Vjschr. XI S. 476, Czyhlarz, a. a. O. S. 332 fg.

2) Vgl. schon Unterholzner, Schuldverhältnisse, I S. 380 n. b.

3) C. un. § 7 de rei ux. act. (5. 13).

4) Fr. 41 de condicion. (35. 1): Legata sub condicione relicta non statim, sed cum condicio exstiterit deberi incipiunt, ideoque interim delegari non potuerunt.

5) D. (25. 2), C. (5. 21).

6) Fr. 11 § 1—3, fr. 13 h. t., fr. 37 de iureiur. (12. 2), vgl. S. 241. 242 n. 2.

7) Fr. 15, 17, 19 h. t. Fr. 17 fälschlich Ulp. 30 inscribirt.

8) Fr. 9, 21 h. t., fr. 38 de iureiur. (12. 2); s. auch Paul. 7 breu. fr. 12 h. t.

9) Fr. 22 h. t.

10) A. M. Bekker, Aktionen I S. 144; vgl. auch Baron, die Condictionen S. 263.

Rerum amotarum actio condictio est.

Allein dass diese Aeusserung, wenn sie wirklich so aus der Feder des Juristen geflossen sein sollte, nicht wörtlich zu nehmen ist, zeigen fr. 17 § 2 und fr. 25 h. t., wo das iudicium rerum amotarum in ausdrücklichen Gegensatz zur condictio gestellt ist. Vermutlich besagte die Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange nur, dass die actio rerum amotarum juristisch der condictio gleichstehe. Ueber diesen Zusammenhang aber gibt die Inscription Gai. 4, die uns auf den Titel de restitutionibus verweist, wenn nicht geradezu Aufschluss, so doch die Möglichkeit einer sehr wahrscheinlichen Hypothese. Nach fr. 7 § 1 de cap min. (4. 5) gehen die actiones ex delicto durch capitis deminutio des Schuldigen nicht unter, und das Edict de capite minutis findet daher auf sie keine Anwendung: daher dauert namentlich die actio furti als noxalis fort, während die condictio furtiua nur rescissa capitis deminutione möglich ist. Wie nahe musste nun hier dem Juristen die Frage nach der Behandlung der actio rerum amotarum liegen[1])! Zwar wurde diese als actio in factum concepta niemals ficticisch gefasst; aber, ob sie als noxalis zu erteilen oder ob auch für sie der Defensionszwang nach Gai. III 84 eintrat, diese Frage verlangte hier ebenso Beantwortung wie bei jeder Civilklage. Und hier nun wird Gaius die in fr. 26 h. t. überlieferte Aeusserung getan haben: „die actio rerum amotarum ist nach den Regeln der condictio zu behandeln[2]); denn, wenn man auf die Sache und nicht auf die Form sieht, unterscheidet sie sich in nichts von der condictio, ist sie die condictio: wie diese, verhüllt sie das begangene Delict, wie diese, ist sie reipersecutorisch und nicht pönal". Ich halte, wie gesagt, diesen Zusammenhang des fr. 26 h. t. für sehr wahrscheinlich; ist er aber auch nur möglich[3]), so zeigt sich, wie bedenklich es ist, aus einer derart vereinzelten, von ihrem ursprünglichen Sitz weggerissenen Stelle Folgerungen zu ziehen, die mit anderen nicht anzufechtenden Zeugnissen in Widerspruch stehen.

Was nun die nähere Fassung unserer actio angeht, so wissen wir mit Bestimmtheit, dass als Klagvoraussetzung das „diuortii causa amouisse" figurirte[4]) und dass die Condemnation auf quanti ea res est ging[5]). Ausserdem wird die Tatsache der erfolgten Scheidung in irgend einer Weise ausgedrückt gewesen sein, vgl. fr. 1 h. t.:

> Rerum amotarum iudicium singulare introductum est aduersus eam quae uxor fuit ....

Fr. 25 h. t.:

> Rerum ... amotarum iudicium sic habet locum, si .... secutum diuortium fuerit.

Endlich ist mir nicht unwahrscheinlich, dass auch die negative Con-

1) Vgl. fr. 3 § 12 de pecul. (15. 1).

2) Dass dies wirklich geschehen, folgt aus fr. 3 § 12 de pecul. (15. 1).

3) Vgl. die Ausdrucksweise in fr. ult. de mag. conuen. (27. 8): eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores. Ein Fall, wo doch von einer wirklichen Identität der actio keine Rede sein konnte. Vgl. § 127.

4) Ulp. 34 fr. 17 § 1 h. t., Paul. 37 fr. 21 pr. § 1 h. t.; vgl. ferner fr. 23 h. t., c. 2, 3 h. t., fr. 28 § 7 de iureiur. (12. 2). Damit erledigt sich Barons (a. a. O. S. 263) intentio „s. p. N^am^ A^o^ res reddere debere". Vgl. namentlich die utilis actio in fr. 21 pr. h. t.

5) Paul. 37 fr. 21 § 3—6 h. t., vgl. auch fr. 29 h. t.

demnationsbedingung easque res redditas non esse nicht fehlte[1]), arg. fr. 8 § 1 h. t.:

> Sabinus ait, si mulier res, quas amouerit, non reddat, aestimari debere quanti in litem uir iurasset.

Ausser der actio rerum amotarum gehört unter die Rubrik de rebus amotis noch ein Edict, wovon uns Ulp. 33 fr. 11 § 2 h. t. berichtet:

> Qui rerum amotarum instituit actionem, si uelit magis iusiurandum deferre, cogitur aduersarius iurare nihil diuortii causa amotum esse, dum prius de calumnia iuret qui iusiurandum defert[2]).

Ohne Zweifel bezog sich dies Edict zugleich auch auf die retentio propter res amotas; so erklärt sich wohl, dass Ulpian dasselbe schon lib. 33, wo er nur von der retentio gehandelt haben kann, bespricht, Paulus erst lib. 37[3]) gelegentlich der actio.

§ 116. DE MORIBUS.

Paul. 37?[4])

Das iudicium de moribus[5]) stand sehr wahrscheinlich zu der retentio propter mores in dem gleichen Verhältniss, wie das iudicium rerum amotarum zu der retentio propter res amotas, d. h. es war das Mittel, wodurch die vermögensrechtlichen Folgen verschuldeter Ehescheidung, insoweit sie nicht retentionsweise geltend gemacht worden waren, klageweise durchgesetzt werden konnten[6]). Vermutlich wird, wo eine solche Nachklage beabsichtigt war, dieserhalb i. d. R. bei Herauszahlung der dos ein Vorbehalt gemacht worden sein, ohne dass dies jedoch Voraussetzung des Klagrechts war[7]).

Ueber die Formel wissen wir schlechthin nichts[8]), so dass jede diesbezügliche Hypothese müssig ist. Dass eine solche Formel aber im Edict proponirt war, ist trotz des Schweigens der erhaltenen Commentarfragmente nicht zu bezweifeln[9]); dieses Schweigen erklärt sich genügend daraus, dass Justinian in c. 11 i. f. de repud. (5. 17) unser iudicium abgeschafft hat.

1) Fehlt bei Rudorff, E. P. § 121.

2) Rudorff l. c. fügt aus fr. 13 h. t. hinzu: Labeo scribit mulieri non esse permittendum referre iusiurandum, et ita edictum ordinatum uidetur. Dieser Satz enthält aber nicht Bericht über Edictsinhalt, sondern Schluss aus der Fassung des Edicts, vgl. fr. 11 § 3 h. t.

3) Fr. 38 de iureiur. (12. 2).

4) Fr. 4 de publ. iud. (48. 2).

5) Vgl. Gai. IV 102, fr. 5 pr. de pact. dot. (23. 4), c. 1 C. Theod. de dot. (3. 13), c. 11 § 2 C. Iustin. de repud. (5. 17).

6) Vgl. Bechmann, Dotalrecht I S. 89 fg., Czyhlarz, Dotalrecht S. 337 fg.

7) Arg. fr. 8 pr. de act. rer. amot. (25. 2).

8) Einen Anhalt würde fr. 39 sol. matr. (24. 3) geben, wenn es sicher wäre, dass die daselbst erwähnte pronuntiatio „*utrumque causam repudii dedisse*" im iudicium de moribus gefällt war. Allein gerade das ist unwahrscheinlich, da unser iudicium sonst durchweg als iudicium de moribus mulieris erwähnt ist. Vermutlich handelt es sich um einen Zwischenentscheid im arbitrium rei uxoriae. Vgl. übrigens noch fr. 12 § 3. 13 ad l. Jul. de adult. (48. 5), c. un. C. Th. uict. ciuil. (9. 20).

9) Was Rudorff, E. P. § 121 n. 6, hiegegen vorbringt, scheint mir ohne Belang.

Tit. XXI.

DE LIBERIS ET DE UENTRE.

Ulp. 34, Paul. 37, Julian. 19.

§ 117. DE AGNOSCENDIS ET ALENDIS LIBERIS[1]).

Ulp. 34[2]), Julian. 19[3]).

Diocl. et Max. c. 9 de pat. pot. (8. 46 [47]):

> Nec filium negare cuiquam esse liberum senatus consulta de partu agnoscendo ac denuntiata poena, item praeiudicium edicto perpetuo propositum . . . . . iure manifesto declarant.

Das hier erwähnte praeiudicium war ein prätorisches Rechtsmittel — § 13 I. de act. (4. 6), Theophil. ad h. l. —, zu dessen Aufstellung der Prätor durch Bestimmungen der senatusconsulta de partu agnoscendo genötigt wurde: darum wird das praeiudicio agere in fr. 3 § 3 (vgl. auch fr. 3 § 1) h. t. geradezu als ein agere ex senatus consulto bezeichnet. Es gab nur ein solches präiudicium, wie aus den übereinstimmenden Aeusserungen der Quellen hervorgeht, vgl. c. 9 h. t., § 13 I. cit., fr. 3 § 2. 4 h. t. Wenn daher in fr. 1 § 16, fr. 3 § 2—4 h. t. eine Reihe verschiedener Fragen als möglicher Gegenstand des Präjudicialstreits erwähnt werden — an ex eo praegnas fuerit, an ex filio eius susceptus sit, utrum in matrimonio an postea editus sit, an uxor fuerit —, so darf man das nicht so verstehen, als ob in den verschiedenen Fällen die intentio des Präjudiciums verschieden gelautet hätte[4]): besondere Präjudicien über jene Specialfragen wären ja ganz sinn- und zwecklos, ja zum Teil, wegen der Grundsätze über die Rechtskraft, praktisch höchst bedenklich gewesen. Vielmehr lautete in allen jenen Fällen die intentio gleichheitlich und zwar wahrscheinlich:

> an A^s A^s in ea causa sit, ut a N^o N^o agnosci debeat[5]).

Vgl. fr. 1 § 16 h. t.:

> . . . . non euitabit, quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnas sit . quae causa si fuerit acta apud iudicem et pronuntiauerit (cum de hoc agetur quod ex eo praegnas fuerit necne) in ea causa esse ut agnosci debeat[6]): siue filius non fuit siue fuit, esse suum . . . . .

1) D. (25. 3), C. (5. 25). Die Rubrik, die ich für edictal halte, erklärt sich aus dem Umfang der Wirkung des praeiudicium de partu agnoscendo.

2) Fr. 1, 3 h. t.

3) Fr. 2 h. t., cit. fr. 1 § 10. 12, fr. 3 § 5 h. t.

4) So Schmidt (v. Ilmenau), krit. Bemerk. zu T. Liuii hist. (1856) S. 37, Rudorff, E. P. § 122 n. 2.

5) Warum so und nicht (vgl. Rudorff, E. P. § 121) „an filius sit"? Einfach desshalb, weil der Judex wirklich nicht über die precäre Frage der Vaterschaft, sondern nur darüber zu Gericht sitzt, ob Kläger anerkannt werden müsse.

6) Vgl. zu dieser Fassung noch das SC Iuncianum in fr. 28 § 4 de fid. lib. (40. 5).

Was die Fassung der Präjudicialformel anlangt, so sei bei dieser Gelegenheit bemerkt, dass die von Rudorff, Bethmann-Hollweg[1]) u. A. m.[2]) beliebte Formulirung

Octauius iudex esto. Si paret .....

ein Unding, eine Unmöglichkeit ist. Was soll dies in der Luft schwebende si paret? „Wenn erhellt, dass Aulus anerkannt werden muss": was dann? Ueberall, wo in den classischen Quellen Präjudicien erwähnt werden, finden wir die vom Judex zu entscheidende Frage einfach in indirecter Form bezeichnet[3]) — vgl. z. B. Gai. IV 44. III 123, Paul. sent. V 9 § 1, § 13 I. de act. (4. 6) —, und diese allein quellenmässige Form der intentio der Präjudicien ist auch die allein sachlich angemessene. Gaius IV 44 mutete seinen Lesern wahrlich nicht zu viel zu, wenn er von ihnen verlangte, in den in indirecter Form dem Judex vorgelegten Fragen das von ihm kurz zuvor dargelegte Wesen der intentio wiederzuerkennen: dass jede intentio mit „si paret" oder mit „quidquid paret" beginnen müsse, sagt Gaius nirgends. —

§ 118. DE INSPICIENDO UENTRE CUSTODIENDOQUE PARTU[4]).

Ulp. 34[5]).

Ulp. 34 fr. 1 § 10 h. t.:

De inspiciendo uentre custodiendoque partu sic praetor ait: SI MULIER MORTUO MARITO PRAEGNATEM SE ESSE DICET, HIS AD QUOS EA RES PERTINEBIT[6]) PROCURATORI*BUS*UE EORUM BIS IN MENSE DENUNTIANDUM CURET, UT MITTANT, SI UELINT, QUAE UENTREM INSPICIENT. MITTANTUR AUTEM MULIERES LIBERAE DUMTAXAT QUINQUE HAEQUE SIMUL OMNES INSPICIANT, DUM NE QUA EARUM DUM INSPICIT INUITA MULIERE UENTREM TANGAT. MULIER IN DOMU HONESTISSIMAE FEMINAE PARIAT, QUAM EGO CONSTITUAM. MULIER ANTE DIES TRIGINTA, QUAM PARITURAM SE PUTAT, DENUNTIET HIS AD QUOS EA RES PERTINET PROCURATORIBUSUE EORUM, UT MITTANT, SI UELINT, QUI UENTREM CUSTODIANT. IN QUO CONCLAUI MULIER PARITURA ERIT, IBI NE PLURES ADITUS SINT QUAM UNUS: SI ERUNT, EX UTRAQUE PARTE TABULIS PRAEFIGANTUR. ANTE OSTIUM EIUS CONCLAUIS LIBERI TRES ET TRES LIBERAE CUM BINIS COMITIBUS CUSTODIANT . QUOTIENSCUMQUE EA MULIER IN ID CONCLAUE ALIUDUE QUOD SIUE IN BALINEUM IBIT, CUSTODES, SI UOLENT, ID ANTE PROSPICIANT ET EOS QUI INTROIERINT EXCUTIANT . CUSTODES, QUI ANTE CONCLAUE POSITI ERUNT, SI UOL*E*NT, OMNES QUI CONCLAUE AUT DOMUM INTROIERINT

1) C. P. II S. 339.

2) Anders: Heffter, ad Gai. IV p. 60.

3) Erst bei Theophil. zu § 13 I. de act. findet sich die intentio „εἰ φαίνεταί με ἐλεύθερον εἶναι". Dies verschlägt aber um so weniger, als einerseits die Byzantiner an einer in der Luft schwebenden intentio auch sonst keinen Anstoss nehmen — vgl. z. B. Theophil. zu § 1—6 I. cit.: das εἰ φαίνεται war für sie zur ohne Rücksicht auf den Sinn gebrauchten Formel geworden — und als andererseits die Classicität gerade des praeiudicium an liber sit gewichtigen Bedenken unterliegt. S. unten § 178.

4) D. (25. 4).

5) Fr. 1 h. t., fälschlich Ulp. 24 inscribirt, fr. 1 ubi pupillus (27. 2). Unrichtig ist, wenn Rudorff, E. P. § 122 n. 1, unter den unser Edict betreffenden Commentarbüchern auch Julian. 24 aufzählt: Julian. 24 fr. 2 h. t. gehört zur Erläuterung des Carbonianischen Edicts.

6) Ulp. 34 fr. 1 § 12—14 h. t.

EXCUTIANT . MULIER CUM PARTURIRE INCIPIAT, HIS AD QUOS EA RES PERTINET PROCURATORIBUSUE EORUM DENUNTIET, UT MITTANT[1]), QUIBUS PRAESENTIBUS PARIAT . MITTANTUR MULIERES LIBERAE DUMTAXAT QUINQUE, ITA UT PRAETER OBSTETRICES DUAS IN EO CONCLAUI NE PLURES MULIERES LIBERAE SINT QUAM DECEM, ANCILLAE QUAM SEX . HAE QUAE INTUS FUTURAE ERUNT EXCUTIANTUR OMNES IN EO CONCLAUI, NE QUA PRAEGNAS SIT . TRIA LUMINA NE MINUS IBI SINT . QUOD NATUM ERIT, HIS AD QUOS EA RES PERTINET PROCURATORIBUSUE EORUM, SI INSPICERE UOLENT, OSTENDATUR . APUD EUM EDUCETUR, APUD QUEM PARENS IUSSERIT . SI AUTEM NIHIL PARENS IUSSERIT AUT IS APUD QUEM UOLUERIT EDUCARI, CURAM NON RECIPIET: APUD QUEM EDUCETUR, CAUSA COGNITA CONSTITUAM[2]) . IS APUD QUEM EDUCABITUR QUOD NATUM ERIT, QUOAD TRIUM MENSUM SIT, BIS IN MENSE, EX EO TEMPORE QUOAD SEX MENSUM SIT, SEMEL IN MENSE, A SEX MENSIBUS QUOAD ANNICULUS FIAT, ALTERNIS MENSIBUS, AB ANNICULO QUOAD FARI POSSIT, SEMEL IN SEX MENSIBUS UBI UOLET OSTENDAT . SI CUI UENTREM INSPICI CUSTODIRIUE ADESSE PARTUI LICITUM NON ERIT FACTUMUE QUID ERIT, QUO MINUS EA ITA FIANT, UTI SUPRA COMPREHENSUM EST: EI QUOD NATUM ERIT POSSESSIONEM CAUSA COGNITA[3]) NON DABO: SIUE QUOD NATUM ERIT, UT SUPRA CAUTUM EST, INSPICI NON LICUERIT, QUAS UTIQUE ACTIONES ME DATURUM POLLICEOR HIS QUIBUS EX EDICTO MEO BONORUM POSSESSIO DATA SIT, EAS, SI MIHI IUSTA CAUSA UIDEBITUR ESSE, EI NON DABO.

§ 119. SI UENTRIS NOMINE MULIERE IN POSSESSIONEM MISSA EADEM POSSESSIO DOLO MALO AD ALIUM TRANSLATA ESSE DICATUR[4]).

Ulp. 34[5]), Paul. 37[6]).

Ulp. 34 fr. 1 pr. § 1. 2 h. t.:

Hoc edicto ..... praetor ..... constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit. non solum mulierem praetor coercet, uerum eum quoque in cuius potestate ea fuerit, scilicet si dolo ipsorum alius in possessionem fuerit admissus, actionemque in tantum pollicetur in eos, quanti interfuerit eius qui experitur. Necessario praetor adiecit, ut, qui per dolum uenit in possessionem, cogatur decedere.

Gai. IV 177:

Contrarium iudicium .... constituitur .... partis .... quintae.

Die Formeln waren ohne Zweifel blosse Umschreibungen des Edicts; der Condemnationsbefehl des contrarium iudicium aber dürfte, wie auch Rudorff (E. P. § 124) annimmt, einfach an das s. n. p. a. des directum angehängt worden sein.

1) *si uelint* ins. Mommsen.

2) Ulp. 34 fr. 1 § 2 ubi pupillus (27. 2): quamuis autem praetor recusantem apud se educari non polliceatur se coacturum ....

3) Ulp. 34 fr. 1 § ult. h. t.

4) D. (25. 5).

5) Fr. 1 h. t.

6) Fr. 2 h. t.

§ 120. SI MULIER UENTRIS NOMINE IN POSSESSIONE CALUMNIAE CAUSA FUISSE DICATUR[1].

Ulp. 34[2]), Julian. 19[3]).

Das Edict[4]) wird von Ulpian in fr. un. § 2—5 h. t. commentirt. Die in der Rubrik erhaltenen Worte bilden den Gegenstand des § 2; aus § 3 erfahren wir: hanc . . . actionem praetor intra annum pollicetur; § 4: . . . quanti agentis interfuit praetor actionem pollicetur; § 5: in parentem etiam praetor actionem pollicetur, si modo per eum factum sit, ut in possessionem per calumniam ueniret.

Von fr. un. § 6 h. t. an wendet sich der Commentar zu den beiden Formeln, und zwar ist die aduersus mulierem in § 6—11, die aduersus patrem in § 12 behandelt. Ihre Fassung anlangend, so umschrieb die intentio gewiss nur das Edict; die condemnatio scheint nach fr. un. § 6 sq. auf „*quanti A^i A^i interfuit, N^{am} N^{am} (L. Titiam) in eam possessionem missam non esse*" gestellt gewesen zu sein.

Tit. XXII.

DE TUTELIS[5]).

Ulp. 35. 36, Paul. 38, Gai. 12, Julian. 20. 21, Callistr. 3.

Der Titel de tutelis wurde von sämmtlichen Commentatoren durch allgemeine Erörterungen eingeleitet, die sich nicht an bestimmte Edictstücke anlehnten; sie behandelten hier vielmehr gewisse Abschnitte des Vormundschaftsrechts systematisch, ohne Rücksicht auf die Natur der dafür in Betracht kommenden Rechtsquellen, und fügten das, was das Edict an dahin gehörigen Vorschriften enthielt, passenden Orts in diese systematische Darstellung ein. Leider haben die Compilatoren gerade die auf das Edict bezüglichen Stellen der Commentare, ausser in dem Commentar Ulpians, fast ganz und gar getilgt[6]), so dass der Reconstructionsarbeit gewisse Schwierigkeiten erwachsen. Jedenfalls müssen wir uns hier vor Allem bemühen, den Zusammenhang des Ulpianischen Commentars zu ermitteln.

1) So ind. Flor. In der Digestenrubrik (25. 6) heisst es „esse dicetur". Vgl. fr. 1 § 2 h. t.

2) Fr. un. h. t.

3) Cit. fr. 1 § 9 h. t.

4) Fr. 1 § 1 h. t.: hoc edictum.

5) D. (26. 1).

6) Ohne alle ersichtliche Beziehung auf das Edict sind aus Paul. 38: fr. 1 de tutel. (26. 1), fr. 20 de test. tut. (26. 2), fr. 6, 8 de legit. tutor. (26. 4), fr. 12 de adm. (26. 7), fr. 28 de solut. (46. 3). Aus Gai. 12: fr. 16 de tutel. (26. 1), fr. 1 de test. tut. (26. 2), fr. 9 de legit. (26. 4), fr. 5 de tut. et cur. dat. (26. 5), fr. 13 de adm. (26. 7), fr. 9 de auct. (26. 8), s. auch Gai. I 188. Aus Julian. 20: fr. 20 de excus. (27. 1), cit. fr. 8 § 3 de test. tut. (26. 2). Aus Julian. 21: fr. 3 de confirm. tutor. (26. 3); fr. 12, 13 de auct. (26. 8), cit. fr. 6 pr. de tutel. (26. 1); fr. 7 de curat. fur. (27. 10).

M. E. zerfällt Ulp. 35 in folgende Abschnitte:

1. über die Arten der Tutel[1]):
   a. die testamentarische[2]);
   b. die gesetzliche[3]);
   c. die obrigkeitliche[4]);
2. de administratione et periculo tutorum[5]);
3. über die Beendigung der Tutel[6]).

In diese Gesammtdarstellung, in der sich auch für die wenigen in den Noten nicht bereits untergebrachten Fragmente[7]) ohne Schwierigkeit Platz gewinnen lässt, finde ich nun folgende Edictstücke verwoben:

1. das Edict *de administratione tutelae* (§ 121) gehört in den Abschnitt de test. tutela: vgl. § 121 n. 3.

2. *de falso tutore*[8]) (§ 122): dasselbe passt in den Abschnitt de administratione et periculo tutorum.

3. die *clausula de suspectis* (§ 123), die ihre naturgemässe Stelle in der Lehre von der Beendigung der Tutel hat.

Rudorff (E. P. § 126. 127) hat noch zwei weitere Edicte herauszufinden geglaubt: *de depositione pecuniarum* und *de satisdatione tutorum et curatorum.* Allein die die Satisdation betreffende Clausel ist — s. § 121 — nur ein Stück des Edicts de administratione, und für ein Edict de depositione pecuniarum finde ich in den Quellen keinen Anhalt. Rudorff stützt die Annahme eines solchen Edicts nur auf zwei Stellen[9]): fr. 5 pr., fr. 7 § 3 de adm. (26. 7). Aus fr. 5 pr. cit. nun geht allerdings so viel hervor, dass die Voraussetzungen der Deposition von Pupillengeldern durch geschriebenes Recht geregelt waren[10]), keineswegs aber, dass diese Rechtsquelle das Edict war. So gut Ulpian in lib. 35 z. B. die oratio Seueri über die Veräusserung der Mündelgüter ganz ausführlich erläutert, so gut kann auch in fr. 5 pr. irgend ein Rescript oder Senatusconsult zu Grunde liegen, und recht sehr für diese letztere Annahme spricht gerade die zweite von Rudorff angeführte Stelle. Denn in fr. 7 § 3 cit. heisst es, dass der Prätor die Vormünder anhalten müsse, die deponirten Gelder, entsprechend dem ausdrücklichen Zweck der Depositionsvorschrift, zur Anschaffung von Grundstücken zu verwenden: a praetore cogi eos oportet, und diese Ausdrucksweise lässt sicher eher auf eine an den Prätor

1) Vgl. Gai. I 188.

2) Fr. 3, 17, 19 de test. tut. (26. 2), fr. 3 § 1—ult. de adm. (26. 7) cf. § 121.

3) Fr. 5 de legit. tut. (26. 4).

4) Fr. 2 de tut. et cur. dat. (26. 5).

5) Fr. 1, 3 pr., 5, 7 de adm. (26. 7), fr. 3 de fid. et nom. (27. 7), fr. 19 de excus. (27. 1) cf. fr. 3 i. f. de adm.; fr. 11 quod falso tut. (27. 6), dazu: fr. 49 de R. J. (50. 17); fr. 1, 3, 5, 7 de reb. eor. (27. 9), fr. 49 de minor. (4. 4). Hieher auch fr. 16 [17] de N. G. (3. 5) cf. fr. 37 § 1 de adm. (26. 7).

6) Fr. 7, 9, 11, 13 de tut. et rat. (27. 3); fr. 1, 3 de susp. (26. 10). Fr. 9 de tut. et rat. ist fälschlich Ulp. 25 inscribirt.

7) Fr. 22 de legib. (1. 3), fr. 6 ne quis eum qui in ius (2. 7), fr. 9 de sponsal. (23. 1), fr. 3 rem pupilli (46. 6).

8) Dieses letztere Edict hat Rudorff in seiner Reconstruction ausgelassen, ohne Zweifel desshalb, weil er es irrig mit dem unter dem Titel de restitutionibus proponirten (§ 44) für ein Edict hielt. Vgl. Rudorff, d. R. der Vmdsch. II S. 293 fgg.

9) Eine dritte — fr. 15 § 12 de re iud. (42. 1) — ist nur zur Vergleichung herangezogen.

10) Man beachte die Worte: corradi, id est colligi, und weiterhin: cum causa depositionis exprimatur, ut praedia pupillis comparentur.

gerichtete gesetzliche Anweisung[1]) als auf ein Edict des Prätors selbst schliessen.

Zu den drei aus Ulp. 35 zu ermittelnden Edicten treten als weiterer Inhalt des Titels die verschiedenen bei Ulp. 36 erörterten Formeln, für die unten die Belege folgen werden.

§ 121. DE ADMINISTRATIONE TUTORUM[2]).

Ulp. 35[3]), Callistr. 3[4]).

Ulp. 35 fr. 3 § 1. 7 h. t.:

> Si parens uel pater qui in potestate habet destinauerit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere praetor putauit[5]) . . . . (§ 7) si non erit a testatore electus tutor[6]) aut gerere nolet, tum is gerat, cui maior pars tutorum tutelam decreuerit . . . . .

Vor diesen Clauseln stand als erste Clausel noch die de satisdatione. Als deren Inhalt dürfen wir uns nämlich nicht mit Rudorff[7]) die Verheissung denken, sei es jedem Vormund sei es gewissen Arten von Vormündern die Satisdation rem pupilli saluam fore anbefehlen zu wollen. Zwar ist es sicher, dass dem Prätor die Sorge für Ableistung dieser Caution oblag[8]), sicher aber auch andererseits, dass die Frage, wer verpflichtet sei dieselbe zu leisten, von den Juristen als eine in der Praxis (die sich an Kaiserrescripte anlehnen mochte[9])), nicht als eine im Edict entschiedene Frage behandelt wird. Vgl. fr. 17 de test. tut. (26. 2):

> Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem saluam fore certo certius est.

Fr. 5 pr. § 1 de legit. tut. (26. 4):

> Legitimos tutores . . . . . . cogi satisdare certum est.

Mit solcher Ausdrucksweise[10]) ist m. E. die Annahme eines Edicts des von Rudorff behaupteten Inhalts durchaus unvereinbar, und zwar einerlei, ob man sich ein solches Edict auf alle[11]) oder nur auf die gesetzlichen Vormünder bezüglich denkt. Ersternfalls hätten nicht ganze Classen von Vormündern auf dem Wege wissenschaftlicher Interpretation von der Cautionspflicht eximirt werden können — es gehören dahin bekanntlich ausser den testamentarischen

1) Verbunden mit Androhung von Strafe gegen die dem Befehl des Prätors Ungehorsamen. Vgl. fr. 3 § 16 de susp. (26. 10).

2) D. (26. 7), C. (5. 37).

3) Fr. 3 § 1—ult. h. t., fr. 17, 19 pr. § 1 de test. tut. (26. 2), wohl auch fr. 3 rem pupilli (46. 6). Ulpian behandelte dies Edict, da es sich nur auf testamentarische Vormünder bezieht, gelegentlich der testamentarischen Tutel; in dem Abschnitt de legitimis tutoribus weist er bereits auf eine Clausel desselben zurück: fr. 5 § 3 de legit. tut. (26. 2) v. „secundum superiorem clausulam".

4) Fr. 18 de test. tut. (26. 2).

5) Vgl. fr. 3 § 3 h. t.: quamuis autem ei potissimum se tutelam commissurum praetor dicat, cui testator delegauit . . . .

6) Vgl. fr. 19 § 1 de test. tut. (26. 2): quamuis uerba edicti ad testamentarios pertineant . . . .

7) E. P. § 127. S. auch Rudorff, d. R. d. Vmdsch. II S. 214.

8) Gai. I 199.

9) Vgl. § 3 I. de Atil. tut. (1. 20), § 3 I. de satisd. tut. (1. 24).

10) Vgl. auch c. 3, 4 de tut. uel cur., q. sat. non ded. (5. 42).

11) So Rudorff, d. R. d. Vmdsch. II S. 214.

auch die von höhern Magistraten ex inquisitione bestellten —; letzternfalls war nichts zu fragen und nichts zu entscheiden, und dies tut doch der Jurist mit seinem certo certius est und seinem certum est. Wenn sich aber Rudorff für sein Edict auf fr. 8 de cur. fur. (27. 10) beruft, wo es heisst:

> Bonorum uentris nomine curatorem dari oportet eumque rem saluam fore uiri boni arbitratu satisdare proconsul iubet . . .,

so beweist das „proconsul iubet“ in diesem Zusammenhang jedenfalls nichts für das allgemeine Edict Rudorffs; die Worte beweisen aber sogar nicht einmal die Existenz eines Edicts über den speziellen Fall der Stelle: das proconsul iubet wird vielmehr einfach auf das vom Proconsul zu erlassende einzelne Decret zu beziehen sein[1]).

Der wirkliche Inhalt der Clausel de satisdatione war allein der, den auch Rudorff (E. P. § 128 I.) ganz richtig unter der Rubrik de administratione gibt: sie verhiess demjenigen unter mehrern Mitvormündern, der sich zur Satisdation erbot, die alleinige Administration, vorausgesetzt nur, dass nicht auch die übrigen sich zur Satisdation bereit erklärten, Ulp. 35 fr. 17 pr. de test. tut. (26. 2):

> . . . . cum quis offert satisdationem, ut solus administret, audiendus est, ut edicto cauetur . sed recte praetor etiam ceteris detulit hauc condicionem, si et ipsi uelint satisdare.

Die Clausel bezog sich nur auf die testamentarischen Vormünder, Ulp. 35 fr. 19 § 1 eod.:

> hoc edictum de satisdatione ad tutores testamentarios pertinet.

Ihr Zusammenhang mit den übrigen Clauseln des Edicts de administratione ergibt sich aus § 1 I. de satisd. (1. 24):

> . . . potest unus offerre satis . . . .: quodsi nemo . . . . satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore, quis gerat, ille gerere debet: quodsi non fuerit adscriptum, quem maior pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto praetoris cauetur.

§ 122. *DE FALSO TUTORE.*

Ulp. 35[2]), Julian. 21[3]).

Ulp. 35 fr. 11 pr. quod falso tut. (27. 6):

> Falsus tutor, qui in contrahendo[4]) auctor minori duodecim uel quattuordecim annis[5]) fuerit, tenebitur in factum actione propter dolum malum.

Der Formel ging ein Edict voraus, vgl. fr 11 § 1 eod. v. „tenebitur hoc edicto.“

1) Vgl. fr. 5 pr. de V. O. (45. 1): et praetor iubet rem saluam fore pupillo caueri et interdum iudex.

2) Fr. 11 quod falso tut. (27. 6); fr. 49 de R. J. (50. 17)?

3) Cit. fr. 11 § 3 quod falso tut. (27. 6).

4) Die Worte „in contrahendo“ sind zu betonen; sie bilden den Gegensatz zur auctoritas bei Prozessen, auf die sich das Edict des § 44 bezieht.

5) Quid si mulieri? Interpolation in fr. 11 § 2 eod. („cum impubere“).

§ 123. DE SUSPECTIS TUTORIBUS UEL CURATORIBUS[1]).

Ulp. 35[2]).

Ulp. 35 fr. 1 pr. h. t.:

> Haec clausula et frequens et pernecessaria est: cottidie enim suspecti tutores postulantur.

Da sich in der Detaildarstellung des Rechts der suspecti postulatio, die bei Ulpian folgt, durchaus kein Anklang an Edictsworte findet, so dürfte die Clausel sehr allgemein gelautet und wohl nur die Verheissung enthalten haben, dass der Prätor die suspecti von der Vormundschaft entfernen werde.

§ 124. TUTELAE UEL CONTRA[3]).

Ulp. 36[4]), Paul. 38[5]), Gai. 12[6]), Julian. 21[7]), Callistr. 3[8]).

Die Formel der actio tutelae wird von Rudorff, E. P. § 130, im Wesentlichen ohne Zweifel richtig, folgender Massen reconstruirt:

> *Quod N^s N^s A^i A^i* (contraria: *A^s A^s N^i N^i*) *tutelam gessit*[9]), *quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona*[10]), *eius iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

Ein Edict über die actio tutelae ist nicht nachweisbar[11]). Die verschiedenen Modificationen, die die Formel in ihrer Richtung gegen Gewalthaber oder Erben des Tutor erlitt, können, da im Album nicht proponirt, hier ausser Betracht bleiben[12]).

Eine besondere Formel für die Klage aus der cura war im Album nicht proponirt[13]). Vielmehr wurde hier, wie wir aus zahlreichen Quellenzeugnissen wissen, die actio negotiorum gestorum gewährt[14]). Immerhin aber dürfte solchen Falls in deren Formel doch die Eigenschaft der Partei als curator bezeichnet

1) D. (26. 10), C. (5. 43), I. (1. 26).

2) Fr. 1, 3 h. t.

3) D. (27. 3). (27. 4), C. (5. 51). (5. 58).

4) Directa: fr. 1 pr.—§ 18 de tut. et rat. (27. 3), fr. 4 de in lit. iur. (12. 3), fr. 6, 9 de adm. (26. 7), fr. 2 ubi pupill. (27. 2), fr. 4 de fid. et nom. (27. 7). Contraria: fr. 1, 3 de contr. tut. (27. 4).

5) Fr. 5 de fid. et nom. (27. 7). Vgl. Paul. 8 breu.: fr. 14 de adm. (26. 7), fr. 10, 12 de tut. et rat. (27. 3).

6) Fr. 14 de tut. et rat. (27. 3).

7) Directa: fr. 18 de adm. (26. 7), fr. 4 ubi pupill. (27. 2), cit. fr. 5 § 7 de adm. (26. 7), fr. 1 § 1 de tut. et rat. (27. 3). Contraria: fr. 2, 4 de contr. tut. (27. 4).

8) Fr. 28 [29] de N. G. (3. 5).

9) Etwas anders Wlassak, z. Gesch. d. N. G. (1879) S. 119: „quod N^s N^s tutor negotia A^i A^i pupilli gessit", unter Berufung auf fr. 1 pr. de eo qui pro tut. (27. 5), wozu sich noch fr. 18 de adm. fügen liesse. Möglich sind beide Fassungen, keine bewiesen, die Rudorff'sche aber, weil dem regelmässigen Sprachgebrauch der Quellen folgend, die wahrscheinlichere. Gegen den cessans geht eine utilis actio — fr. 39 § 11 de adm. (26. 7), fr. 37 § 1 de excus. (27. 1), fr. 4 § 3 rem pupilli (46. 6), C. si tutor non gesserit (5. 55) —, vielleicht mit der demonstratio „quod N^s N^s, cum A^i A^i tutor esset, periculo suo cessauit", vgl. auch fr. Vat. 155.

10) Cic. de off. III 17 § 70, Gai. IV 62.

11) Wlassak, a. a. O. S. 119 fg.

12) Rudorff, E. P. § 130 n. 2. 5. 6. Zweifellos unrichtig ist übrigens die intentio, womit R. die actio in heredem defuncti nomine versieht: *qnidquid ob eam rem Titium dare oporteret, si in uiuis esset.* Vielmehr lautete die intentio, einerlei ob der Erbe suo oder defuncti nomine belangt wurde, einfach auf den Namen des Erben.

13) Arg. fr. 1 § 7 de eo qui pro tutore (27. 5).

14) Fr. 3 § 5 de N. G. (3. 5), fr. 5 § 6 de adm. (26. 7), fr. 4 § 3, fr. 13 i. f. de tut. et rat. (27. 3), fr. 7 § 2 de cur. fur. (27. 10), c. 1 si adu. lib. (2. 30 [31]), c. 1 quod cum eo (4. 26). Vgl. dazu Wlassak, a. a. O. S. 86 fgg.

worden sein, — etwa „*quod N^s N^s A^i A^i curator eius negotia gessit*“ —, und so wird sich am einfachsten erklären, dass wir neben den Stellen, die die actio aus der cura schlechtweg als actio negotiorum gestorum bezeichnen, andere finden, in denen sie teils als utilis negotiorum gestorum actio[1]) teils als utilis (tutelae?) actio[2]) teils als tutelae actio[3]) schlechtweg teils als curationis iudicium[4]) teils als utilis curationis causa actio[5]) figurirt. Der Ort, diese schwierige Frage nach allen Richtungen zu erledigen, ist hier nicht. So viel aber scheint mir gewiss zu sein, dass die Behauptung Wlassaks[6]), gegen den curator sei nicht etwa eine utilis, sondern die directa negotiorum gestorum actio erteilt worden, an den beiden in n. 2 angeführten, von Wlassak übersehenen Digestenstellen scheitert.

§ 125. RATIONIBUS DISTRAHENDIS.

Ulp. 36[7]).

Die Formel der actio rationibus distrahendis[8]) ist uns unbekannt, die Rudorff'sche Reconstruction derselben (E. P. § 131) gänzlich haltlos. Nach dem altcivilen Ursprung der Klage ist intentio in ius concepta anzunehmen, nach dem auffallenden Namen kaum zu bezweifeln, dass die Aufgabe des Judex, die Rechnungen zu prüfen, in ihr zum Ausdruck kam. Ferner ist nach fr. 1 § 19 de tut. et rat. zu vermuten, dass unter den Klagvoraussetzungen die Worte „iure tutelam gessit“ oder ähnliche figurirten[9]), und nach fr. 1 § 23 eod., dass das Delict der Unterschlagung mit dem Wort captum bezeichnet war. Endlich muss die Formel so gefasst gewesen sein, dass in irgend einer Richtung eine plus petitio möglich war[10]), woraus aber noch keineswegs eine intentio certa oder gar eine intentio in factum concepta (so Rudorff l. c.) folgt.

§ 126. DE EO QUI PRO TUTORE NEGOTIA GESSIT[11]).

Ulp 36[12]).

Die demonstratio dieser Klage lautete wohl unzweifelhaft:

1) C. 17 de N. G. (2. 18 [19]), c. 7 arbitr. tut. (5. 51), c. 26 § 1 de adm. (5. 37).

2) C. 2 de her. tut. (5. 54) — a. M. Wlassak, a. a. O. S. 95 n. 21 —, Rubr. D. (27. 4), fr. 10 de reb. eor. (27. 9), fr. 9 § 4 de pecul. (15. 1), letztere Stellen von Wlassak, a. a. O., übersehen.

3) C. 3 arb. tut. (5. 51) cf. fr. 1 § 2. 3 de contr. tut. (27. 4). Diese Bezeichnung ist jedenfalls ungenau: Glück, Erl. XXXII S. 251 fg.

4) Fr. 11 de auctor. (26. 8).

5) Rubr. D. (27. 3).

6) a. a. O. S. 95 fgg.

7) Fr. 1 § 19—ult. de tut. et rat. (27. 3).

8) Vgl. über dieselbe noch Paul. fr. 2 eod., Tryphon. fr. 55 § 1 de adm. (26. 7), Paul. sent. II 30 § 1. Ueber den Namen: Rudorff, d. R. d. Vmdsch. III S. 2 fg.

9) Ich würde eine demonstratio „quod A^s A^s de tutelae suae, quam N^s N^s iure gessit, rationibus distrahendis iudicem dari postulauit“ für möglich halten.

10) Cic. de orat. I 36 § 166. 167. Worin die hier erwähnte plus petitio bestand, wissen wir nicht. Da es sich um ein plus petere „quantum lex in XII tabulis permiserat“ handelt, scheint es, dass der Kläger mehr als das duplum verlangte. Vgl. übrigens auch Gai. IV 60, wo dahingestellt bleiben muss, wie alt die von Gaius gemachte Distinction ist.

11) D. (27. 5), C. (5. 45).

12) Fr. 1 h. t.

Quod N^s N^s pro tutore A^i A^i [1]) *negotia gessit* [2]).

Die intentio dürfte ficticisch gelautet haben[3]): *quidquid, si tutor fuisset, ... oporteret ex f. b.* Denn nur die Absicht, die Grundsätze der Tutel auf die Protutel zu übertragen, kann zur Aufstellung einer besondern actio protutelae neben der an sich zuständigen actio negotiorum gestorum geführt haben. Dazu bedurfte es aber einer Fiction.

Eine contraria scheint nicht proponirt gewesen zu sein[4]). Ebenso wenig ist ein Edict, das unsere Klage verheissen hätte, nachweisbar[5]).

Nahm die proponirte Formel auch auf den Fall der negotiorum gestio pro curatore Rücksicht? Dafür scheint die Digestenrubrik (27. 5) „de eo qui pro tutore proue curatore negotia gessit" und die Erwähnung bei Paul. sent. I 4 § 8 zu sprechen; dagegen aber spricht m. E. entscheidend die Erwägung, dass der Prätor, der kein besonderes iudicium curationis proponirt hatte, nicht wohl eine Formel für den Fall der pro-curatio aufstellen konnte[6]). Auch fehlt der Zusatz „proue curatore" in der Codexrubrik (5. 45), und der Commentar Ulpians nimmt auf denselben keinerlei Rücksicht.

§ 127. DE MAGISTRATIBUS CONUENIENDIS[7]).

Ulp. 36[8]), Julian. 21[9]).

Die Formel der actio subsidiaria[10]) lässt sich nicht zuverlässig reconstruiren. Sicher ist, dass sie nicht eine auf die Person des Magistrats gestellte ciuilis intentio hatte — arg. fr. 7 h. t. —, und kaum zweifelhaft, dass sie die Subsidiarität der Klage in irgend einer Form zum Ausdruck gebracht haben wird. Das Wahrscheinlichste ist mir, dass eine intentio in factum concepta die Normalfälle der Haftung[11]) zusammenfasste und dass die Subsidiarität (vgl. c. 3 h. t.: nec alias seruari pupillo indemnitas potest) als besondere Condemnationsbedingung zum Ausdruck kam. Eine auf die Person des Tutors gestellte ciuilis intentio — so Rudorff, E. P. § 133, — ist nicht nur unwahrscheinlich, sondern unmöglich, da ja bei Erhebung der actio subsidiaria die Obligation des Tutors regelmässig oder doch sehr häufig bereits durch pro-

1) Rudorff, E. P. § 132, hat „A^i A^i pupilli". Dies ist unrichtig, arg. fr. 1 § 6 h. t., wo das von Rudorff ausgedrückte Erforderniss aus den Worten „pro tutore" abgeleitet wird.

2) Ulp. 36 fr. 1 § 1—7, Paul. sent. I 4 § 8. Dazu Wlassak, a. a. O. S. 121 fgg.

3) Anders Rudorff, E. P. § 132.

4) Arg. Ulp. 10 fr. 5 h. t., das der Inscription nach auf die contraria neg. gest. actio zu beziehen ist, und Ulp. 36 fr. 1 § 1. 3, fr. 3 § 8 de contr. tut. (27. 4), wozu zu vgl. Wlassak, a. a. O. S. 123 fgg.

5) So auch Wlassak, a. a. O. S. 126.

6) Wlassak, a. a. O. S. 125, dessen Argument aus fr. 1 § 7 h. t. mir aber nicht zutreffend erscheint.

7) D. (27. 8), C. (5. 75).

8) Fr. 1 h. t., fr. 3 de tut. et cur. dat. (26. 5).

9) Fr. 3, 5 h. t.

10) Sie war proponirt: dies zeigt die Ausdrucksweise Ulpians, vgl. z. B. fr. 1 pr. (utilis actio in ordinem!), fr. 1 § 1 (hac actione tenebitur!) h. t.

11) Datio (fr. 1 § 2) und nominatio (fr. 1 § 3) eines tutor minus idoneus (fr. 1 § 10) und Unterlassung der Sorge für gehörige Caution (fr. 1 § 11 sqq.). Die Erörterung Ulpians in fr. 1 § 4—9 h. t. scheint mir wissenschaftliche Ergänzung der Formel zu enthalten, die sich an das etwaige „s. p. N^m N^m A^o A^o tutorem minus idoneum dedisse (oder ähnl.) angeschlossen haben mag. Wegen der Normalfälle vgl. noch c. 3, 5 h. t. In fr. 2 § 5 ad munic. (50. 1) ist auch noch der Fall des „tutorem non dedisse" mitgenannt.

zessuale Consumtion erloschen war. Auch würde eine solche Formel auf den Fall „si magistratus tutorem uel curatorem omnino non dedit“ nicht anwendbar gewesen sein, während fr. 1 § 6 h. t., wo dieser Fall behandelt ist, nicht die leiseste Andeutung einer von der gewöhnlichen wesentlich abweichenden Formulirung enthält[1]). Fr. 9 i. f. h. t. aber:

.... eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores,

worauf sich Rudorff für seine Fassung beruft, will nicht die doch keinesfalls durchgängige Gleichheit der Formulirung, sondern die der materiellen Rechtsgrundsätze betonen.

Tit. XXIII.

DE FURTIS[2]).

§ 128—139.

Ulp. 37. 38, Paul. 39, Gai. 13, Julian. 22.

Unter dem Titel de furtis sind folgende Edicte und Formeln teils nachweisbar, teils sicher zu vermuten:

1. Formel der actio furti nec manifesti, Gai. III 190:

    .... nec manifesti furti poena per legem (*XII*) tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conseruat.

Dazu Noxalformel, vgl. Ulp. 18 fr. 2 § 1 de noxal. act. (9. 4).

2. Formel (und Noxalformel?) der actio furti concepti, Gai. III 186. 191:

    Concepti ... poena ex lege XII tabularum tripli es*t*, *ea*qu*e* similiter a praetore ser*u*atur.

Vgl. noch Paul. sent. II 31 § 3. 5. 22. Gell. N. A. XI 18 § 12.

3. Formel (und Noxalformel?) der actio furti oblati, Gai. III 187. 191:

    .... oblati poena ex lege XII tabularum tripli es*t*, *ea*qu*e* similiter a praetore ser*u*atur.

Vgl. Paul. sent. II 31 § 3. 5. 14. Gell. N. A. XI 18 § 12.

4. Formel der actio de tigno iuncto.

5. Formel und Noxalformel (nebst Edict?) wegen furtum manifestum, Gai. III 189:

    .... tam ex serui persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.

6. Formel der actio furti prohibiti (nebst Noxalformel und Edict?), Gai. III 188. 192:

    Prohibiti actio quadrupli est ex e*dicto* praetoris i*n*troducta.

7. Formel (Noxalformel? Edict?) der actio furti non exhibiti, § 4 I. de obl. q. ex del. (4. 1):

1) Eine solche nimmt Rudorff l. c. an.

2) Ulp. fr. 195 § 3 de V. S. (50. 16): sub titulo de furtis. Tryph. fr. 59 § 1 de manum. test. (40. 4): edicto de furtis. D. (47. 2), C. (6. 2).

Praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtiuam rem apud se quaesitam et inuentam non exhibuit.

8. Edict Si is qui testamento liber esse iussus nebst Formel.
9. Edict und Formel furti adversus nautas caupones stabularios.
10. Edict und Formel Si familia furtum fecisse dicetur.
11. Edict und Formel Quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur.
12. Formel der actio arborum furtim caesarum. —

Unter den hier verzeichneten Edictsbestandteilen ist bei Nr. 2. 3. 6. 7 jeder Versuch der Wiederherstellung von vornherein hoffnungslos, da die hieher gehörigen Stücke der Commentare in die Compilation nicht übergegangen sind[1]), dem Reconstructionsversuch also jegliche Basis fehlt. Die übrigen Formeln und Edicte sollen im Folgenden näher erörtert werden.

Hinsichtlich der Ordnung der Materien folge ich Ulpians Commentar[2]) und den Digesten. Aus jenem ist zu ersehen, dass — wenigstens im Commentar — die actio furti nec manifesti der actio furti manifesti vorging und nicht umgekehrt (wie bei Rudorff). Alle bei Ulp. 37 in Betracht gezogenen Fälle des furtum sind oder können solche des nec manifestum sein, während umgekehrt Ulp. 38 fr. 53 [52 i. f.] h. t. nach richtiger Lesart[3]) einer Untersuchung über das furtum manifestum angehört. Damit stimmt, dass nach Ulp. 37 fr. 50 pr., 52 § 26 eod. die in lib. 37 behandelte Klage die auf das Doppelte und nicht die auf das Vierfache war[4]), und diese Voranstellung der Civilklage entspricht ja auch nur der allgemeinen Regel, wenn nicht des Edicts, so doch des Ulpianschen Commentars. Dieser Regel gemäss finden wir neben der actio furti nec manifesti bei Ulp. 37 weiter noch die Civilklage de tigno iuncto und wahrscheinlich auch die actio furti concepti[5]), während die lange Reihe der in den Digesten überlieferten prätorischen Klagen aus furtum durchaus bei Ulp. 38 erörtert ist.

1. (§ 128). *FURTI NEC MANIFESTI*

Ulp. 37[6]), Paul. 39[7]), Gai. 13[8]), Julian. 22[9]).

Wichtigstes Hilfsmittel für die Reconstruction der actio furti nec mani-

1) Nur Ulp. 37 fr. 12 de test. (22. 5) dürfte mit ziemlicher Sicherheit auf die actio furti concepti zu beziehen sein.

2) Die andern Commentare geben keinen Anhalt, da in ihnen das furtum nur je ein Buch einnimmt.

3) Non furti manifesti, statt: furti non manifesti.

4) Im Eingang des fr. 50 pr. heisst es freilich „quadruplabitur uel duplabitur“, nachher aber gleich bloss einfach „eius duplum“, woraus sich ergibt, dass die Erwähnung des quadruplum nur eine gelegentliche, vielleicht sogar eine Interpolation ist.

5) S. n. 1.

6) Fr. 50, 52 h. t., fr. 9 ad l. Corn. de sic. (48. 8), fr. 192 de V. S. (50. 16). Noxalklage: fr. 8, 36, 38, 42 de noxal. act. (9. 4), fr. 16 de interrog. (11. 1), fr. 26 ad SC Vell. (16. 1).

7) Da Paulus actio furti nec manif. und manif. im gleichen Buch behandelt, so ist die Beziehung der erhaltenen Fragmente nur insoweit sicher nachzuweisen, als deren Inhalt dies ermöglicht. Das ist aber nur bei fr. 9 de nox. act. (9. 4) — duplum! — der Fall. Die übrigen Stellen verlangen oder dulden keine bestimmte Beziehung auf eine der beiden Klagen: fr. 11, 13 de cond. furt. (13. 1), fr. 3 de manum. (40. 1), fr. 1, 54 [53] h. t.

8) Auch hier gilt das n. 7 Gesagte. Fr. 2, 8, 51, 55 [54] h. t., fr. 13 de noxal. act. (9. 4).

9) Scheidung der beiden genera furtorum ist auch hier nicht möglich. Fr. 14 de cond. furt. (13. 1), fr. 57 [56] h. t., cit. fr. 10 § 1 de

festi ist die bei Gai. IV 37 mitgeteilte ficticische Formel wider den fur peregrinus, die in nachstehender verstümmelter Form erhalten ist:

> IUDEX ESTO. SI PARET CONSILIOUE DIONIS *H*ERMAEI FILII [1]) FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE, QUAM OB REM EUM, SI CIUIS ROMANUS ESSET, *PRO* FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET et reliqua.

Dass wir es nämlich hier in der Tat mit einer ficticischen actio furti nec manifesti und nur nec manifesti zu tun haben, ist ganz unzweifelhaft [2]), schon wegen der intentio, die nur zur actio legitima passt, ferner aber auch, weil in dem Bruchstück als Beklagter der erscheint, cuius (ope) consilio furtum factum est, Worte, die bei Ulp. 37 commentirt sind und ihrer Bedeutung nach jede Beziehung auf furtum manifestum ausschliessen [3]).

Die Gaianische Formel bedarf nun aber dringend der Verbesserung und Ergänzung. Vor consilio hat bestimmt ope gestanden: die Worte ope consilio sind als formulare sicher bezeugt [4]). Ebendesshalb ist auch das ue hinter consilio nicht zu halten [5]) (vielleicht übrigens schon auf Nachlässigkeit des citirenden Schriftstellers selbst zurückzuführen). Sofort erhebt sich weiter die Frage, ob die so hergestellten Worte „s. p. ope consilio N[1] N[1] furtum factum esse paterae aureae“ den vollen formelmässigen Tatbestand des furtum nec manifestum enthalten, ob dieselben nicht vielmehr lediglich den Tatbestand der Beihilfe und Anstiftung zum furtum begreifen, derart also, dass zwischen si paret und ope consilio noch Worte gestanden haben müssten, die der Formel die Richtung auch gegen den eigentlichen fur selbst gaben. Dieses letztere ist neuerdings von Cohn in einer ausführlichen Abhandlung [6]) energisch bestritten worden, scheint mir aber gleichwohl das unzweifelhaft richtige. Die Worte „ope consilio Titii furtum factum est“ könnnen unmöglich mit Cohn [7]) auch auf den Täter bezogen, nämlich dahin verstanden werden, „dass eine der Folge bewusste (consilio) Handlung des Titius (ope) eine in Contrectation bestehende Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung zur Folge gehabt hat“. Vielmehr wird die ausschliessliche Beziehung des ope consilio auf den Helfer und Anstifter durch eine Reihe klar redender und unverdächtiger Quellenzeugnisse so sicher bewiesen, wie nur irgend eine historische Tatsache bewiesen werden kann. Hieher gehört vor Allem Gai. III 202, wo derjenige, cuius ope consilio furtum factum est, als Helfer und Anstifter dem eigentlichen fur in einer Weise entgegengesetzt wird, die jeden Gedanken daran ausschliesst, dass jene Worte auch zur Bezeichnung des letztern gedient haben könnten:

cond. furt. (13. 1), fr. 14 § 4, fr. 23, fr. 52 § 16 h. t., auch wohl fr. 7 § 1 de Public. (6. 2) und fr. 14 § 1 h. t., wo gewiss nur aus Versehen Julian. 23 citirt ist. Noxalklage: fr. 16, 40 de noxal. act. (9. 4), cit. fr. 38 § 1 eod.

1) *C. Ver.*: Dihoniser. mei filio.

2) A. M. gleichwohl Rudorff, E. P. § 134, R. G. II S. 353. Gegen ihn: Eisele, die mater. Grdl. der Exc. (1871) S. 145 fg.

3) Das liegt auf der Hand, ist aber überdies in fr. 34 h. t. ausdrücklich gesagt: Is, qui opem furtum facienti fert, numquam manifestus est.

4) Ulp. 37 fr. 50 § 1—3 h. t. Ferner: fr. 27 § 21 ad l. Aqu. (9. 2), fr. 11 § 2 de seruo corr. (11. 3), fr. 6 de cond. furt. (13. 1), fr. 36 pr. h. t., fr. 1 pr. furti adu. naut. (47. 5), fr. 53 § 2 de V. S. (50. 16). Prob. Einsidl. 19: O. C. = ope consilio.

5) Vgl. namentlich fr. 53 § 2 de V. S.

6) Beiträge z. Bearb. d. röm. R., Heft II (1880) S. 1—40. Vorgänger Cohns, immerhin zweifelnd, ist Pernice, Labeo II S. 65, schwerlich aber der von C. ebenfalls angeführte Keller, C. Pr. n. 220 („oder a te“).

7) a. a. O. S. 9.

Interdum furti tenetur *qui* ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est . . . .,

Worte, die in § 11 I. de obl. q. ex del. (4. 1) mit einer unbedeutenden Veränderung (ope et consilio) wiederholt sind. Ganz denselben Charakter tragen weiter folgende Stellen, von denen m. E. jede für sich allein genügen würde, die Cohn'sche Ansicht zu widerlegen: Ulp. fr. 50 § 1—3, auch fr. 23 h. t., fr. 6 de cond. furt. (13. 1), Paul. fr. 21 § 1 de act. rer. amot. (25. 2), sent. II 31 § 10, V 4 § 20, Pompon. fr. 4 § 4 de pecul. (15. 1), auch in fr. 36 § 2 h. t., Diocl. et Max. c. 5 de noxal. act. (3. 41). Die Versuche Cohns, einen Teil dieses wahrhaft erdrückenden Beweismaterials zu beseitigen — zum Teil ist es von ihm übersehen —, sind m. E. in hohem Grad bedenklich. Der Text bei Gai. III 202 ist nach Cohn[1]) corrumpirt oder gar bloss ein Glossem. Das Vorkommen desselben Satzes in den Justinianischen Institutionen wird durch Uebertragung aus den Gaiushandschriften erklärt und daneben wahlweise der Annahme Raum gelassen, dass das Glossem von den Redactoren der Justinianischen Institutionen zuerst gebracht und hernach erst in den Gaius eingedrungen sei! Fr. 36 § 2 und fr. 50 § 1—3 h. t. sind ebenfalls corrumpirt[2]): Justinian nämlich habe die Worte ope consilio wirklich in dem von Cohn verworfenen engern Sinne verstanden und darum die abweichenden Aeusserungen der classischen Juristen durch Interpolation mit seiner Auffassung in Uebereinstimmung gebracht. Fragt man, wie denn ein solches Missverständniss auf Seiten Justinians möglich gewesen, so werden wir[3]) auf einige Pandektenstellen verwiesen, die das Missverständniss nahe legen sollen, auf die zu Justinians Zeit angeblich veränderte Bedeutung des Wortes ope u. dgl. m., Argumente, die, wenn sie überhaupt irgend welches Gewicht hätten, vor der einfachen Tatsache zusammenfallen würden, dass den Justinianischen Redactoren die Edictcommentare unverstümmelt vorlagen: diese mussten, wenn wirklich die actio furti des Täters nicht gesondert gedachte, jede Möglichkeit einer derartigen Irrung ausschliessen. Aber weiter: wie verträgt sich die Annahme eines Missverständnisses mit derjenigen absichtlicher Interpolation? Dieser handgreifliche Widerspruch ist auch Cohn nicht entgangen, und so lässt er uns schliesslich[4]) die Wahl, ob wir nicht lieber annehmen wollen, Justinian sei sich des classischen (Cohn'schen) Verständnisses der Worte ope consilio ganz wohl bewusst gewesen, habe ihnen aber, weil der Sprachgebrauch seiner Zeit es nicht mehr, wie ehedem, erlaubte, das Wort ope auch auf den Täter zu beziehen, den engern Sinn gegeben, den seine Zeit mit den Worten verband, und demgemäss die classischen Schriftsteller interpolirt. Für diese angebliche Veränderung des Sprachgebrauchs von der classischen Zeit bis auf Justinian wird aber auch nicht der Schatten eines Beweises erbracht, und es wird nicht bedacht, dass die classischen Juristen bis auf Justinian das Fundament der juristischen Bildung geblieben

1) a. a. O. S. 31 fg.

2) Unter den philologischen Bedenken Cohns gegen den Text in fr. 50 § 3 figurirt auch (a. a. O. S. 7), dass das daselbst gebrauchte Wort adiutorium „dem Wörterbuch der Zukunft entlehnt sei". Ich finde das Wort schon bei Asinius Pollio (Sueton. de grammat. c. 10) und in der silbernen Latinität mehrfach.

3) a. a. O. S. 35 fg.

4) a. a. O. S. 36.

sind, so dass eine solche Veränderung des technisch-juristischen Sprachgebrauchs einfach unmöglich ist.

Und welcherlei Art sind nun die Gründe, die Cohn bewegen, die klarsten, direktesten Quellenzeugnisse in derartiger Weise zu behandeln? Da ist zunächst fr. 53 § 2 de V. S., welche Stelle beweise, „dass das Wort consilium in unserer Formel nicht in dem Sinn von Teilnahme zu verstehen ist, da der bezügliche Tatbestand nicht als ein consilium dare, sondern als ein consilium habere bezeichnet wird“[1]). Als ob die intellectuelle Teilnahme überall einzig nur in der Erteilung eines Rats bestehen könnte! Weiter urgirt Cohn in demselben Fragmente[2]) die Worte

aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit.

Es sei unmöglich, dass der blosse Teilnehmer, dem sonst die Qualität des furtum faciens ausdrücklich abgesprochen werde, in dieser Weise bezeichnet werde. Aber dem Paulus und Labeo (dessen Worte jener citirt) kam es an diesem Orte gar nicht auf technisch-genaue Ausdrucksweise an, und wie nahe liegt die Umkehrung des formularen „ope consilio N[i] N[i] furtum factum esse“ in ein „qui ope consilio furtum fecit“, zumal da ja auch der blosse Teilnehmer „furti“ tenetur! Kommen ähnliche Ungenauigkeiten nicht auch in unserm Sprachgebrauche tagtäglich vor? Als Hauptargument verwendet Cohn[3]) ferner den oben angeführten Formeltext bei Gai. IV 37, dessen Wortlaut es aufs bestimmteste bestätige, dass die Worte ope consilio auch auf den Täter Bezug haben, wofern man nicht zu Emendationen seine Zuflucht nehme. Allein, wenn in der Gaianischen Formel ganz unzweifelhaft zwischen den Worten si paret und consilioue durch Versehen des Abschreibers eine Lücke ist — das Wort ope (und gewiss auch der Name des Bestohlenen) muss jedenfalls eingeschoben werden —, so ist die Annahme, dass hier nicht bloss dies allein ausgefallen sei, sicherlich keine gewagte, und man muss sich wohl besinnen, ehe man eine derart verdächtige Stelle als Hauptbeweis gegen eine Reihe klarredender Zeugnisse ausspielt. Zur Unterstützung seiner Meinung von der Vollständigkeit des Gaianischen Formeltexts führt Cohn freilich auch die bekannte Stelle aus Cicero de nat. deor. III 30 § 74 an, wo dieser, indem er den Missbrauch der menschlichen Vernunft durch Beispiele belegt, gelegentlich die Legisactionsformel „ope consilioque tuo furtum aio factum esse“ citirt. Da sei ja ebenfalls vom Täter keine Rede! Aber es erklärt sich leicht, warum Cicero gerade nur diese Formel und nicht gleichzeitig auch das in der legis actio vielleicht mit dieser gar nicht zu einer Formel verbundene „aio te furtum fecisse“ citirte: es war das Wort consilium, was ihn dazu veranlasste, eben jenes Wort, das er vorher und nachher (eod. III 28 § 71, III 30 i. f.) neben ratio zur Bezeichnung der missbrauchten Geisteskraft verwendet, daher ihm unsere Formel als eine Art officiellen Documents für die Rolle der Vernunft beim Verbrechen ein besonders bequemes Citat seine musste. Ein weiteres Argument, das Cohn aus dem Text des Edicts über die actio furti aduersus nautas ziehen zu dürfen glaubt[4]), wird gelegentlich dieses Edicts seine

1) a. a. O. S. 6.
2) a. a. O. S. 29.
3) a. a. O. S. 11 fg.
4) a. a. O. S. 14 fg.

Erledigung finden. Und wenn endlich Cohn[1]) den sonstigen Legalgebrauch der Worte ope consilio heranzieht, so erweist er damit gegen sich, weil m. E. nichts der Annahme entgegensteht, dass die Worte ope consilio in den von ihm angeführten Stellen sich ganz wie in der actio furti auf Beihilfe und intellectuelle Urheberschaft beziehen: ja, in allen diesen Stellen[2]) handelt es sich um Vergehen, die überhaupt gar nicht anders denkbar sind denn als Beihilfe oder intellectuelle Urheberschaft zur Tat Anderer.

Ich begnüge mich mit diesen Gegenbemerkungen. Es ist m. E. gewiss, dass die Worte ope consilio Nⁱ Nⁱ furtum factum esse den formelmässigen Tatbestand des furtum nicht erschöpfen. Vielmehr war ohne Zweifel vor diesen Worten noch des Täters selbst gedacht, etwa in der Weise:

> S. P. *A° A° A N° N° OPEUE*[3]) CONSILIO Nⁱ Nⁱ FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE[4]).

Darauf folgten nach Gai. IV 37 die Worte

> QUAM OB REM N^m N^m PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTET,

Worte, die auf ein zwölftafelmässiges[5]) „duplione damnum decidito“[6]) zurückgehen und uns bei den classischen Juristen sehr oft begegnen[7]). In Ulpians Commentar liegen sie fr. 52 § 26. 27 h. t. zu Grunde.

Den Schluss der Formel bildete die bei Gaius nicht erhaltene condemnatio pecuniaria — Ulp. 37 fr. 52 § 28. 29 h. t. Dieselbe scheint gelautet zu haben:

> *quanti ea res fuit, cum furtum factum est*[8]), *tantae pecuniae duplum iudex N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.*

Ist aber diese condemnatio vollständig? Ich finde in folgenden zwei Stellen die Andeutung einer eigentümlichen taxatio, Ulp. 37[9]) fr. 192 de V. S. (50. 16):

> Haec adiectio „plurisue“ non infinitam pecuniam continet, sed modicam, ut taxatio haec „solidos decem plurisue“ ad minutulam summam referatur.

Iauolen. fr. 9 de in lit. iur. (12. 3):

> Cum furti agitur, iurare ita oportet „tanti rem fuisse, cum furtum factum sit“, non adici „eo plurisue“, quia quod res pluris est, utique tanti est.

1) a. a. O. S. 18 fg.

2) Fr. 10 ad l. Iul. maiest. (48. 4): cuius ope consilio dolo malo prouincia uel ciuitas hostibus prodita est; vgl. fr. 1, 4 eod. Paul. sent. V 29 § 1: cuius ope consilio . . . . . arma mota sunt exercitusue . . in insidias deductus est. Fr. 15 ad l. Iul. de adult. (48. 5): cuius ope consilio dolo malo factum est, ut uir feminaue . . . . se redimerent.

3) Etwas anders und, wie ich glaube, stilistisch härter: Goudsmit in seinen krit. Aanteekeningen S. 81 und nach ihm Krüger-Studemund.

4) Vgl. fr. 19 pr.—§ 4 h. t.

5) C. 13 h. t.: post decisionem furti leges agi prohibent.

6) Ich vermute, dass das dem Commentar zur Formel vorausgeschickte fr. 50 pr. h. t. bei Ulp. 37 an diesen Legaltext anknüpft; auch Ulp. 37 fr. 9 ad l. Corn. de sic. (48. 8) ist Commentar zur lex.

7) Z. B. fr. 46 § 5, fr. 62 § 1. 2. 5 h. t., fr. 9 § 2 de minor. (4. 4), fr. 7 pr. de cond. furt. (13. 1).

8) Vgl. fr. 50 pr. h. t., fr. 9 de in lit. iur. (12. 3). S. auch fr. 46 § 1 h. t.

9) Man beachte die Inscription.

Fragt man, wie diese eigentümliche taxatio näher zu denken, so muss man m. E. von der Idee, dass es sich hier um eine richterliche taxatio des Schätzungseids handle[1]), ganz absehen. Vielmehr steht hier einfach eine besondere Form der taxirten condemnatio in Frage[2]), und die Erklärung dafür ist nicht schwer. Der Kläger musste seinem Gegner, um diesem das damnum decidere zu ermöglichen, eine scharf begrenzte Forderung stellen, die als taxatio in die Formel kam; liess sich aber der Beklagte auf den vorgeschlagenen Vergleich nicht ein, so schien es unbillig, den Kläger an den Vergleichsvorschlag zu binden, und darum liess man ihn zum Schätzungseid auch über den früher von ihm bezeichneten Betrag hinaus zu. Das trat nun in der Formel in der Weise hervor, dass der taxatio das Wort plurisue beigefügt wurde, dessen Bedeutung Ulp. 37 fr. 192 cit. erläutert, während Jauolen in fr. 9 cit. ein durch dasselbe nahegelegtes und praktisch wohl vorgekommenes Missverständniss zurückweist[3]).

Die Noxalklage[4]) war m. E., ganz wie die anderen civilen Noxalklagen (§ 75), auf *„quam ob rem N^m N^m aut pro fure damnum decidere aut Stichum seruum noxae dedere oportet“* gestellt[5]). Eine Anspielung auf diese intentio, aber auch nicht mehr als das[6]), finde ich in Ulp. 37 fr. 42 § 1 de noxal. act. (9. 4):

> Si quis pro seruo mortuo ignorans eum decessisse noxale iudicium acceperit, absolui debet, quia desiit uerum esse propter eum dare oportere.

Das dare oportere will hier die langwierige intentio nur recapituliren und ist ebenso wenig wörtliches Formelcitat wie das propter eum; denn wenn auch der Herr nomine serui und propter factum serui noxal haftet, so ist es doch sicher ungenau, die Haftung eine solche propter seruum zu nennen. Wegen der formula interrogatoria — Ulp. 37 fr. 16 de interrog. (11. 1), fr. 26 ad SC Vell. (16. 1) — verweise ich auf § 58.

4. (§ 131). DE TIGNO IUNCTO[7]).

Ulp. 37[8]).

Die Formel dieser actio legitima dürfte die grösste Aehnlichkeit mit der der actio furti nec manifesti gehabt haben. Für entschieden formular halte ich die Worte *„tignum aedibus (uineis) iunxisse“*, arg. fr. 1 pr. § 1 h. t. Auch die

1) Cf. Cuiac. opp. VIII col. 618. Wie soll der iudex dazu kommen, das Maximum so sonderbar unbestimmt zu bezeichnen, und warum gerade nur bei der actio furti?

2) Uebereinstimmend: Voigt, Jus natur. III S. 450 n. 769.

3) Nicht beachtet bei Hefke, Taxatio (1879) S. 85.

4) Paul. fr. 42 pr. h. t.: uolgaris formula . . ., ut adiciatur . . . . „aut noxae dedere[t]“. Rudorff, E. P. § 134 n. 8 bezieht diese Worte auf die gewöhnliche formula furti; es ist aber vielmehr die actio furti bezw. damni iniuriae aduersus nautas gemeint. Die Stelle gehört also nicht hieher.

5) Eine besondere Formel für den Fall „si seruus sciente domino fecerit“ war nicht proponirt. Arg. Ulp. 18 fr. 2 § 1 de noxal. act. (9. 4).

6) Anders die herrschende Meinung seit Keller, ad l. 32 de peculio (1822) p. 52.

7) D. (47. 3).

8) Fr. 1 h. t.



Eigenschaft des tignum als furtiuum dürfte irgendwie hervorgetreten, schwerlich aber, trotz des Anscheins nach fr. 1 pr., 2 h. t., direkt ausdrücklich bezeichnet gewesen sein[1]): wie wäre sonst der von Paulus in fr. 63 de don. i. u. et ux. (24. 1) gerügte Irrtum des Neratius denkbar gewesen[2])? Vielleicht hiess es:

> *S. p. N^m^ N^m^ tignum A^i^ A^i^ aedibus suis iunxisse, quam ob rem N^m^ N^m^ pro fure damnum decidere oportet* et rel.,

so dass das Erforderniss der Furtivität bloss eine Folgerung aus den Worten pro fure war. Mit dieser Vermutung würde gut stimmen, dass bekanntlich das Erforderniss der Furtivität in einer ganzen Reihe anderer Stellen, die von unserer actio handeln, nicht erwähnt ist[3]), und dass die actio selbst kurzweg de tigno iuncto heisst.

Die Rudorff'sche formula in factum concepta (E. P. § 137) ist sicher unrichtig; speziell die Worte „scientem dolo malo" in derselben sind eine durchaus unbegründete Folgerung aus dem, was in fr. 1 § 1 i. f. h. t. von der actio ad exhibendum gesagt ist.

5. (§ 132). *FURTI MANIFESTI.*

Ulp. 38[4])[5]).

Die actio furti manifesti war als prätorische ohne Zweifel in factum concipirt[6]), tat ausschliesslich der Handlung des Täters Erwähnung[7]) und liess, wie die furti nec manifesti, die Möglichkeit des Vergleichs (bis zur litis contestatio) offen[8]). Ihrer condemnatio mögen die von Ulp. 38 fr. 193 de V. S. (50. 16) überlieferten Worte „QUANTI EAM REM PARET ESSE" angehören[9]), woran sich ein tantae pecuniae quadruplum angeschlossen haben würde. Für wortgetreue Reconstruction fehlt es an Anhalt.

1) So Rudorff, E. P. § 137.

2) Ich verweise namentlich auf das „quamuis decemuiros non sit credibile de his sensisse u. s. w." des Neratius.

3) Vgl. § 29 I. de R. D. (2. 1), fr. 23 § 6 de R. V. (6. 1), fr. 6 ad exhib. (10. 4), fr. 7 § 10 de A. R. D. (41. 1), fr. 98 § 8 de solut. (46. 3).

4) Fr. 53 [52] de furtis (47. 2), fr. 193 de V. S. (50. 16). Noxalis: fr. 17 de interrog. (11. 1). Die Erörterungen über die öffentliche Strafe des furtum — fr. 93 de furtis — und die condictio furtiua — fr. 6, 10, 12 de cond. furt. (13. 1) — bilden einen Anhang zum eigentlichen Commentar, einen Anhang, der sich auf alle Fälle des furtum bezieht. Fr. 6 de cond. furt. stand m. E. ursprünglich hinter dem Wort adprehendit in fr. 10 pr. eod.

5) Wegen der andern Commentatoren vgl. oben S. 259 n. 7—9.

6) Ueber die irrige Annahme Rudorffs, die Formel bei Gai. IV 37 sei die der actio furti manifesti, s. S. 260. Mit Obigem übereinstimmend: Eisele, die mater. Grundlage der Exceptio S. 145 fgg.

7) Fr. 34 de furtis: Is qui opem furtum facienti fert, numquam manifestus est: itaque accidit, ut is quidem, qui opem tulit, furti nec manifesti, is autem, qui deprehensus est, ob eandem rem manifesti teneatur. Hiedurch erledigt sich Rudorffs Bemerkung in E. P. § 134 n. 2, eine Bemerkung, die für die Zeit der Legisactionen passt (vgl. Bethmann-Hollweg, C. P. I S. 171), für die des Formularverfahrens aber verfehlt ist.

8) Fr. 9 § 2 i. f. de minor. (4. 4).

9) Das ist indess nichts weniger als sicher, da die Worte ebenso gut noch gar mancher andern bei Ulp. 38 behandelten actio angehören können und gerade bei der actio furti manifesti ein engerer Anschluss an die Formel der actio furti nec manifesti vielleicht sogar wahrscheinlicher ist.

8. (§ 135). SI IS, QUI TESTAMENTO LIBER ESSE IUSSUS ERIT, POST MORTEM DOMINI ANTE ADITAM HEREDITATEM SUBRIPUISSE AUT CORRUPISSE QUID DICETUR[1]).

Ulp. 38[2]), Paul. 39[3]), Gai. 13[4]).

Der Text dieses Edicts ist bei Ulp. 38 fr. 1 pr. h. t. wohl fast wörtlich erhalten:

> Si dolo malo[5]) eius, qui liber esse iussus erit[6]), post mortem domini ante aditam hereditatem[7]) in bonis, quae eius fuerunt, qui eum liberum esse iusserit, factum esse dicetur, quo minus ex his bonis ad heredem aliquid perueniret[8]), in eum intra annum utilem dupli iudicium datur[9]).

Die Formel, auf deren Reconstruction verzichtet werden muss, war zweifellos in factum concipirt[10]), vielleicht in den Worten und Wendungen des Edicts, vielleicht aber auch je nach dem Tatbestand spezialisirt[11]), ersteres wohl wahrscheinlicher.

9. (§ 136). FURTI ADUERSUS NAUTAS CAUPONES STABULARIOS[12]).

Ulp. 38[13]).

In fr. 1 pr. h. t. berichtet Ulpian[14]):

> In eos, qui naues cauponas stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum quosue ibi habebunt furtum factum esse dicetur, iudicium datur, siue furtum ope consilio exercitoris factum sit siue eorum cuius, qui in ea naui nauigandi causa esset.

Offenbar kann obiger Satz, so wie er hier steht, nicht aus Ulpians Feder geflossen sein. Zwar die erste Hälfte des Berichts, bis „iudicium datur“, ist tadellos und enthält anscheinend wortgetreues Edictreferat[15]). Um so verdächtiger ist die zweite Hälfte. Sie ist stilistisch verdächtig, weil schleppend und in der Construction der ersten Hälfte ungleichartig — factum sit statt

1) D. (47. 4).

2) Fr. 1, 3 h. t. Fr. 3 ist aus Versehen (das sich aus der Inscription des fr. 2 h. t. erklärt) Ulp. 13 inscribirt.

3) Fr. 48 ad l. Aquil. (9. 2).

4) Fr. 2 h. t.

5) Ulp. 38 fr. 1 § 2 h. t.

6) Ulp. 38 fr. 1 § 3—7 h. t., fr. 3 h. t.

7) Ulp. 38 fr. 1 § 8. 9 (cf. § 2) h. t.

8) Ulp. 38 fr. 1 § 10—14 h. t.

9) Ulp. 38 fr. 1 § 15—19 h. t. gibt Schlusserörterungen; fr. 1 § 15—17 handeln von der Frage der concurrirenden Actionen.

10) Gegen Rudorffs Formel (E. P. § 138) liesse sich manches einwenden, z. B. gegen das ganz unmögliche „quae in bonis Titi tum fuit“.

11) Subripuisse? corrupisse? rubr. Dig., amouisse (fr. 2, 3 h. t.)?

12) D. (47. 5).

13) Fr. un. h. t.

14) Vgl. Paul. sent. II 31 § 16. 18.

15) Auch das von Mommsen und Andern angezweifelte quosue ist echt und nicht durch quos zu ersetzen. Für die Echtheit spricht entscheidend, dass, da der Prätor die Teilnahme des exercitor berücksichtigt, doch wohl auch die Tat desselben erwähnt gewesen sein muss. Auch hatte es guten Sinn, wenn man dem Bestohlenen eine Formel gab, die ihm die Möglichkeit eröffnete, die Klage auf furtum des exercitor oder seiner Leute zu stützen. Wie oft ist es in den von dem Edict betroffenen Fällen gewiss, dass entweder der exercitor oder seine Leute das furtum begangen haben müssen, und doch nicht nachzuweisen, welcher Einzelne es begangen hat!

factum esse dicetur —; sie ist inhaltlich verdächtig, weil sie nicht alle drei Klassen von Gewerbetreibenden, die vorher genannt waren, sondern nur die Schiffer berücksichtigt. Diese zweite Hälfte ist also wahrscheinlich, ja sicher Fabrikat der Compilatoren. Aber wie ist das Fabrikat entstanden? Reine Erfindung der Compilatoren ist es nicht: das zeigt sich darin, dass die Worte nauigandi causa von Ulpian in fr. 1 § 1 h. t. erläutert werden[1]). Erwägt man nun, dass die Musterformel an erster Stelle auf die Schiffer abgestellt gewesen sein muss, die ja auch im Edict voranstehen, dass diese Formel ohne Zweifel der actio furti nec manifesti nachgebildet war, dass diese letztere neben der Täterschaft auch die Teilnahme in Rücksicht zog, so wird es überaus wahrscheinlich, dass die Compilatoren hier das zu enge gefasste, nämlich bloss auf die Täterschaft reflectirende Edict[2]) aus der Formel ungeschickt ergänzt haben[3]). Die Formel würde hiernach einen vierfachen Tatbestand umfasst haben: Täterschaft des exercitor oder seiner Leute, Teilnahme des exercitor oder seiner Leute; das alles aber würde sich sehr leicht in eine intentio

> S. p. A° A° a N° N° eorumue quo qui in ea naui . . . . . erant siue ope consilio Nⁱ Nⁱ eorumue cuius furtum factum esse paterae aureae

zusammenfassen lassen.

An zweiter Stelle scheint auch für die caupones eine Musterformel proponirt gewesen zu sein, vgl. fr. 1 § 6 h. t.:

> Caupo praestat factum eorum, „qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa“ [ibi] sunt, item eorum qui „habitandi causa[4])“ ibi sunt.

War der Schuldige Sklave des exercitor, so stand letzterem — fr. 1 § 5 h. t. — noxae deditio frei, ohne Zweifel in kraft eines besondern Zusatzes im Edict, — denn die in fr. 1 pr. referirten Edictsworte rechtfertigen an sich diese Einschränkung der Haftung nicht, und doch spricht die Art und Weise, wie Ulpian l. c. den Satz begründet, dafür, dass er einen Satz des Edicts vor sich hatte.

10. (§ 132). SI FAMILIA FURTUM FECISSE DICETUR[5]).

Ulp. 38[6]), Paul. 39[7]), Gai. 13[8]), Julian. 22[9]).

Paul. fr. 31 de noxal. act. (9. 4):

> . . . . . ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum, si liber fecisset, consequeretur[10]).

Obiges dürfte der ganze Inhalt des Edicts gewesen sein: Ulp. 38 fr. 1 pr.

1) Vgl. auch fr. 1 § 2 de exerc. act. (14. 1).
2) Auch die beiden folgenden Edicte (§ 132. 133) nennen nur die Tat, nicht die Teilnahme.
3) Ganz anders, m. E. unhaltbar: Cohn, Beiträge Heft II S. 15 fgg.
4) Vgl. fr. 6 § 3 nautae caup. (4. 9).
5) D. (47. 6).
6) Fr. 1, 3 h. t.
7) Fr. 50 de R. J. (50. 17) cf. fr. 1 § 1 h. t.
8) Fr. 34 de iniur. (47. 10).
9) Fr. 2, 4 h. t. Fr. 2 fälschlich Julian. 23 inscribirt.
10) Vgl. Ulp. 38 fr. 1 pr. § 3, fr. 3 pr. § 2 h. t., Julian. 22 fr. 4 h. t., Gai. 7 fr. 32 pr. ad l. Aquil. (9. 2).

§ 1 h. t. enthält schon Erläuterung[1]). Wortlaut der Formel sicher zu reconstruiren, ist nicht möglich; Vermutungen liegen nahe. Der Commentar Ulpians, soweit erhalten, scheint sich auf das Edict zu beschränken.

11. (§ 138). QUOD FAMILIA PUBLICANORUM FURTUM FECISSE DICETUR[2]).

Ulp. 38[3]), Gai. 13[4]).

Ulp. 38 fr. 12 pr. § 1 de publ. (39. 4):

> . . . praetor . . hoc edictum proposuit: QUOD FAMILIA[5]) PUBLICANORUM FURTUM FECISSE DICETUR, item si damnum iniuria fecerit, et *HI* AD QUOS EA RES PERTINE*BIT* NON EXHIBE*BUNTUR*[6]), IN DOMINUM SINE NOXAE DEDITIONE IUDICIUM DABO.

Die im Obigen kleingedruckten Worte, die die Erwähnung des damnum iniuria datum enthalten, sind m. E. ein Einschiebsel der Compilatoren, entnommen aus dem allgemeinen Edict de publicanis, das uns in fr. 1 pr. überliefert ist[7]).

Unser Edict war wohl ein blosser Anhang zum Edict „si familia furtum fecisse dicetur"; über die anscheinende Wiederholung in dem Edict de publicanis vgl. § 183.

Zur Reconstruction der Formel liegt kein weiteres Material vor. Rudorffs (E. P. § 141) Condemnationsbedingung „neque eos ad quos ea res pertinet exhibitos esse" ist augenscheinlich nicht zu halten: der fragliche Punkt wurde in iure erledigt und gehörte daher nicht in die Formel.

12. (§ 139). ARBORUM FURTIM CAESARUM[8]).

Ulp. 38[9]), Paul. 39[10]), Gai. 13[11]).

Die actio arborum furtim caesarum darf nicht verwechselt werden mit der aus den zwölf Tafeln stammenden actio de arboribus succisis.[12]). Die letztere ging auf eine feste poena von 25 As für jeden abgehauenen Baum[13]), die erstere auf das Doppelte des Interesse. Jene war beschränkt auf den Tatbestand der arbores succisae, diese umfasste den dreifachen Tatbestand des „arbores

1) Vgl. dazu den Fortgang des fr. 31 de nox. act. (9. 4).

2) Fr. 195 § 3 de V. S. (50. 16): sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum.

3) Fr. 12 de publicanis (39. 4).

4) Fr. 13 eod.

5) Cf. Ulp. fr. 195 § 3 de V. S. (50. 16).

6) *Flor.:* id ad quos ea res pertinet non exhibetur. Die Emendation nach fr. 1 § 6 ict. fr. 1 pr. eod. Zur Ausdrucksweise vgl. das neu entdeckte Fragment von Este (in Bruns fontes, ed. IV., suppl. ed. Mommsen p. 5) lin. 3. 4.

7) Vgl. Dernburg, Festgaben für Heffter S. 118, der aber an ein Einschiebsel schon Ulpians denkt: dies ist mir weniger wahrscheinlich, da derartige nicht erklärende, sondern ergänzende Einschiebungen im Edicttext bei Ulpian sonst nicht vorkommen.

8) D. (47. 7).

9) Fr. 7 h. t.

10) Fr. 8 h. t.

11) Fr. 9 h. t.

12) Gai. IV 11, Paul. fr. 28 § 6 de iureiur. (12. 2), Ulp. fr. 3 h. t.

13) Plin. hist. nat. XVII 1, 7.

furtim[1]) cinxisse subsecuisse cecidisse"[2]). Mit augenscheinlicher Beziehung auf diesen Unterschied sagt Paul. ad Sabin. 9 fr. 5 h. t.:

> Caedere est non solum succidere, sed etiam ferire caedendi causa. cingere est deglabrare. subsecare est subsecuisse(!): non enim poterat cecidisse intellegi, qui serra secuisset.

Offenbar ist — und dafür spricht auch die Stellung der Klage mitten unter den prätorischen Rechtsmitteln aus furtum — die actio arborum furtim caesarum eine prätorische Klage, eingeführt mit Rücksicht auf den zu engen Tatbestand und die zu niedrige Strafe der zwölf Tafeln. Die actio legitima de arboribus succisis aber dürfte schwerlich an dieser Stelle des Edicts proponirt gewesen sein, eher in der Nähe der actio de modo agri und legis Aquiliae, wohin sie ihr Tatbestand verwies; denn das Wort furtim, das allein die prätorische Klage unter die Rechtsmittel aus furtum brachte, scheint, dem Namen der actio legitima nach zu urteilen, nicht schon dieser letztern angehört zu haben.

Die Formel unserer honorarischen Klage war ohne Zweifel in factum concipirt und ist vermutungsweise leicht herzustellen. Rudorffs Formel (E. P. § 142) ist insofern mangelhaft, als sie unter den drei edictalen Tatbeständen nur einen berücksichtigt; auch dürfte die Condemnation nicht, wie Rudorff wohl wegen fr. 8 pr. h. t. annimmt, auf „quanti A[1] A[1] interest id factum non esse" gestellt gewesen sein, sondern auf „quanti ea res erit", was in fr. 8 pr. nur erläutert wird.

Tit. XXIV.

DE IURE PATRONATUS[3]).

Ulp. 38, Paul. 40, Gai. 14, Julian. 22, Callistr. 3.

§ 140. DE OPERIS LIBERTORUM[4]).

Ulp. 38[5]), Paul. 40[6]), Gai. 14[7]), Julian. 22[8]), Callistr. 3[9]).

Ulp. 38 fr. 2 h. t.:

> Hoc edictum praetor proponit coarctandae persecutionis libertatis causa impositorum: animaduertit enim rem istam [libertatis causa

1) Ulp. 38 fr. 7 pr. h. t., Paul. 39 fr. 8 § 1 h. t, Paul. sent. II 31 § 24 [25].

2) Ulp. 38 fr. 7 § 4 h. t.

3) D. (37. 14).

4) D. (38. 1), C. (6. 3).

5) Fr. 2, 13, 15 h. t., fr. 29 de solut. (46. 3) cf. fr. 15 § 1 h. t., fr. 1 de sent. pass. (48. 23); fr. 13 de nouat. (46. 2)? exceptio onerandae libertatis?

6) Fr. 16, 18, 20 h. t.

7) Fr. 19, 22 h. t.

8) Fr. 11, 23 h. t., fr. 54 de V. O. (45. 1), fr. 5 de duob. reis (45. 2), cit. fr. 54 de pact. (2. 14) cf. etwa fr. 44 h. t.

9) Fr. 38 h. t.

impositorum praestationem[1])] ultra exercuisse, ut premeret atque onerarct libertinas personas. (§ 1) Initio igitur praetor pollicetur se iudicium operarum daturum in libertos et libertas[2]).

An dies „initium" des Edicts hat sich ohne Zweifel die weitere negative Erklärung des Prätors geschlossen, dass der Prätor im Uebrigen de onerandae libertatis causa impositis keine Klage erteilen werde[3]): wir finden daher die exceptio onerandae libertatis in dem Abschnitt von den Exceptionen unter der rückverweisenden Rubrik „quarum rerum actio non datur". Ob der Ausschluss der actio operarum wider die liberta uoluntate patroni nupta — Ulp. 38 fr. 13 § 4. 5 h. t., c. 11 h. t., c. 2 de obsequ. (6. 6) — ebenfalls auf dem Edict oder auf anderer Rechtsquelle beruhte, wissen wir nicht.

Die actio operarum war sehr wahrscheinlich, ja fast sicher eine ciuilis actio. Die operae konnten von dem Freigelassenen bekanntlich auf doppelte Weise versprochen werden: durch Stipulation oder Eid[4]). Für die stipulatio operarum ist die Annahme einer formula in ius concepta gewiss nicht zu vermeiden. Nun berichten uns aber die Quellen überall nur von einem iudicium operarum, stellen die beiden Entstehungsgründe als gleichwertig neben einander[5]), und, was ich für ein besonders wichtiges Moment halte, sie lassen die aus dem Eid entstandene Obligation ganz ebenso durch Acceptilation aufgehoben werden, wie die ex stipulatu[6]). Man wird daher kaum fehl gehen, wenn man sich die Formel in beiden Fällen gleich gefasst denkt[7]), nur dass es in der demonstratio dort „.... A[s] A[s] ... stipulatus est" oder ähnlich hiess, hier „.... N[s] N[s] ..... iurauit". Keinen Schluss auf eine honorarische Formel gestattet der Umstand, dass die actio operarum durch Edict verheissen ist: dies Edict führte die actio nicht ein, sondern liess sie bestehen, — sein Sinn ist, dass, während die libertatis causa imposita im Uebrigen klaglos gestellt wurden, dies iudicium wie seither, so auch fernerhin erteilt werden soll.

Was die nähere Gestaltung der Formel angeht, so wird man gut tun, die ars ignorandi zu üben. Rudorff bildet die Formel einfach nach dem gewöhnlichen Schema: *quod A[s] A[s] .... stipulatus est* (*N[s] N[s] ... iurauit*), *quidquid ..... oportet, eius* et rel. Ich halte diese Fassung für wenig wahrscheinlich. Die obligatio operarum ist eine in mehr als einer Hinsicht eigentümlich geartete Obligation[8]), und es ist anzunehmen, dass diese Tatsache auch in

1) Vgl. Ad. Schmidt (v. Ilmenau), das Pflichtteilsrecht des Patr. (1868) S. 9.

2) Patri qui filium emancipauit.... praetor nihil edicit. Fr. 4 si a parente (37. 12).

3) Ueber die geschichtliche Entwicklung vgl. Adolf Schmidt (von Ilmenau) a. a. O. S. 5 fg. 8 fgg., Leist, Serie der Bücher 37. 38. V S. 293—303. Das Edict des Prätors Rutilius, der nach fr. 1 § 1 de bon. lib. (38. 2) edicirte: se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem, ist später durch die zwei Edicte de operis libertorum und über die b. p. c. t. des Patrons abgelöst worden.

4) Fr. 8 pr., 37 pr. h. t. Ueber den Eid speciell vgl. fr. 7 pr.—§ 3 h. t., fr. 44 pr. § 1 de lib. causa (40. 12), Gai. III 83, 96. Gai. epit. II 9 § 4.

5) Vgl. z. B. fr. 8 pr., 15 § 1, 37 pr. h. t.

6) Fr. 13 pr. de acceptilat. (46. 4).

7) So auch Rudorff, (E. P. § 144), aber ohne irgend welchen Beweis. Denn das von ihm daselbst n. 5 citirte fr. 4 h. t. hat zu der Frage keinerlei Beziehung.

8) Vgl. die Darstellung Leists, a. a. O. S. 262 fgg.

der Formel sich geltend machte. Namentlich habe ich den Eindruck, dass der Satz

iudicium de operis tunc locum habet, cum operae praeterierint

auch in der Formel (etwa in der demonstratio) hervortrat[1]).

Unserm Edict oder der Formel oder, was am wahrscheinlichsten, beiden gehörten die bei Prob. Einsidl. 48. 55 überlieferten Worte

libertatis causa[2])

und

opera*s* donum munus[3])

an, die übrigens auch noch anderwärts im Album vorkommen.

§ 141. SI INGENUUS ESSE DICETUR[4]).

Ulp. 38[5]).

Ulp. 38 fr. 6 h. t.:

Quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, siue operae petantur siue obsequium desideretur siue etiam famosa actio intendatur siue in ius uocetur qui se patronum dicit siue nulla causa interueniat, redditur praeiudicium. sed et quotiens quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Gaii Seii se negat, idem praeiudicium datur. redditur autem alterutro desiderante: sed actoris partibus semper qui se patronum dicit fungitur probareque libertum suum necesse habet aut, si non probet, uincitur.

Das Präjudicium, von dem hier die Rede ist, ist offenbar das

an N^s^ N^s^ libertus A^i^ A^i^ sit[6]),

welches zur Anwendung kommt, gleichviel ob Numerius der Behauptung des Aulus mit „libertum se non esse“ oder mit „libertum se esse, sed non A^i^ A^i^“ entgegentritt[7]); dasselbe Präjudicium, das bei Gai. IV 44 und in § 13 I. de act. (4. 6) summarisch erwähnt wird. Daneben aber war ohne Zweifel auch das Präjudicium mit der intentio

an A^s^ A^s^ ingenuus sit

proponirt, dessen selbständige Existenz gewiss ist[8]). Auf die verschiedene Fassung weist hin Ulp. 38 fr. 12 de exc. (44. 1):

Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit.

1) Vgl. fr. 4 i. f., 8 pr., 13 § 2, 15 pr., 22 pr., 23 § 1, 24 h. t. Fr. 15 pr., 23 § 1 cit. legen den Gedanken an ein „per N^m^ N^m^ stetisse, quo minus praestaret“ nahe.

2) Vgl. fr. 7 pr. h. t.: libertum esse oportet qui iuret et libertatis causa iurare. Vgl. auch Leist, a. a. O. S. 240 n. 42.

3) Der dreifache Ausdruck bezeichnet nichts anderes als was sonst das Wort operae, in weiterm Sinn, allein ausdrückt. Vgl. fr. 7 § 3, 37 pr. h. t., auch fr. 53 pr. de V. S. (50. 16), Paul. sent. II 32. Leist, a. a. O. S. 212 fg.

4) D. (40. 14).

5) Fr. 6 h. t., fr. 12 de exc. (44. 1).

6) Zur Fassung vgl. oben S. 249.

7) Bekker, Aktionen I S. 284 n. 31.

8) Rubr. Dig. (40. 14), fr. 14 de prob. (22. 3); s. ferner: fr. 8 § 5 mand. (17. 1), fr. 1 si ingenuus (40. 14), fr. 1 § 3 ne de statu (40. 15), fr. 3, 4 de collus. (40. 16).

Beide Präjudicien sind prätorischen Ursprungs: § 13 I. de act. (4. 6).

Als Richter erwähnt Sueton., Vespas. c. 3, Recuperatoren. Ob auch die „iudices“ in c. 1 de ingenuis (7. 14) so zu deuten sind, lasse ich dahingestellt.

Tit. XXV.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS[1]).

Ulp. 39—49, Paul. 41—44, Gai. 14—17, Julian. 23—28.

Der Abschnitt de bonorum possessionibus wird von Ulpian, Paulus, Gaius durch allgemeine Erörterungen, die sich nicht an bestimmte Edictsworte anlehnen, eingeleitet. Es handelt

1. Ulp. 39:

a. von Wesen und allgemeinen Grundsätzen der b. p.: fr. 1, 3, 5 h. t., fr. 2 de b. p. fur. (37. 3).

b. vom zuständigen Magistrat: fr. 8 de off. procons. (1. 16), fr. 4 de off. praes. (1. 14), fr. 14 de iurisd. (2. 1), fr. 4 ad munic. (50. 1).

c. von den Zwecken des Instituts: fr. 62 de iudic. (5. 1); hieher gehört als gelegentliche Bemerkung (Herrenlosigkeit der Erbschaft) wohl auch fr. 2 de quaest. (48. 18).

2. Paul. 41:

von Wesen, allgemeinen Grundsätzen, Zuständigkeit: fr. 6 h. t., fr. 7 de pop. act. (47. 23), fr. 11 de senator. (1. 9)[2]).

3. Gai. 14:

von allgemeinen Grundsätzen: fr. 11 h. t. —

Die Reihenfolge der Edicte ergibt sich in allgemeinem Umriss aus § 3 I. h. t., Ulp. 41 fr. 2 pr. de b. p. s. t. (37. 11), Ulp. 46 fr. 1 pr. unde liberi (38. 6).

A. SI TABULAE TESTAMENTI EXTABUNT[3]) *NON MINUS QUAM SEPTEM TESTIUM SIGNIS SIGNATAE.*

Voraussetzung der b. p. c. t. wie der b. p. s. t. ist die Existenz eines Testaments, aus welchem die Erbschaft, sei es nach civilem sei es nach prätorischem Recht, erworben werden kann. Diese Voraussetzung trat in einer dem Titel de bonorum possessionibus untergeordneten Generalrubrik hervor, die eine grosse Zahl von Edicten umfasste und in der zweiten Generalrubrik

1) D. (37. 1), I. (3. 9).

2) Andere Vermutung über den Zusammenhang dieser Stelle bei Cuiac. obs. XXIV c. 3.

3) D. (37. 2).

si tabulae testamenti nullae extabunt ihr Gegenbild fand[1]). Aus ihr ist die Digestenrubrik (37. 2) „si tabulae testamenti extabunt" entstanden, Worte, die wir denn schon bei Ulp. 39 fr. 1 de b. p. s. t. (37. 11) ausführlich commentirt finden; den Rest der Generalrubrik, der in die Digestenrubrik nicht übergegangen ist, erläutert Ulp. 39 fr. 22 qui test. fac. poss. (28. 1), Julian. 23 fr. 7 de b. p. s. t. (37. 11).

Des Weitern vgl. unten § 149.

§ 142. DE BONORUM POSSESSIONE CONTRA TABULAS[2]).

Ulp. 39[3]). 40[4]), Paul. 41[5]), Gai. 14[6]), Julian. 23[7]).

Gai. III 71:

> . . . *e*dicto praetoris . . . . praeteritis liberis contra tabulas testamenti bonorum possessio promittitur.

Vgl. § 12 I. de hered. q. ab intest. (3. 1), rubr. C. (6. 12).

Ueber den Inhalt des Edicts lässt sich noch folgendes Nähere ermitteln.

Der Begriff der liberi, insoweit er über den Kreis der sui heredes hinausgriff, war durch Fiction (rescissa capitis deminutione) bestimmt: Paul. 41 fr. 6 § 1 de b. p. (37. 1), fr. 4 § 1 h. t., Ulp. 39 fr. 3 § 5 h. t., Ulp. 40 fr. 8 § ult. h. t.

Die liberi *qui institui heredes iure non possunt* waren von der b. p. c. t. ausgeschlossen: die Worte scheinen dem Edict angehört zu haben: Ulp. 39 fr. 3 § 10 h. t.

Das Edict dürfte nicht sofort in seinem Eingang die Berufung der liberi davon abhängig gemacht haben, dass dieselben weder instituirt noch exheredirt seien. Vielmehr scheint die Ausschliessung der exheredati, von der Ulpian erst lib. 40 in einem gesonderten Abschnitt (fr. 8 pr.—§ 10 h. t.) handelt, in einer speziellen Clausel[8]), die der instituti aber vermutlich gar nicht ausdrücklich angeordnet gewesen zu sein: Ulpian beruft sich für die regelmässige Nichtzulassung der letzteren in fr. 3 § 11 h. t. nicht auf den Edictswortlaut, sondern nur darauf, dass sie der b. p. c. t. nicht bedürften, da sie ja die b. p. s. t. agnosciren könnten. Wahrscheinlich schloss sie der Prätor stillschweigend dadurch aus, dass er sie commisso per alium edicto ausdrücklich zuliess: eine spezielle Edictsclausel des letztern Inhalts ist desswegen zu vermuten, weil Ulpian diese Materie ganz am Schlusse seines Commentars zur b. p. c. t. in fr. 8 § 11—14, fr. 10 h. t. abgesondert erläutert[9]), und gewiss ist wenigstens,

1) Vgl. § 3 I. de b. p. (3. 9).

2) D. (37. 4). C. (6. 12). Prima pars edicti: fr. 4, 12 de Carb. ed. (37. 10).

3) Fr. 1, 3 h. t., fr. 6 si tab. test. nullae (38. 6).

4) Fr. 8, 10 h. t.

5) Fr. 4, 6, 11 h. t.

6) Fr. 7, 9, 12 h. t.

7) Fr. 13 h. t., cit. fr. 3 § 12 h. t.

8) Ulp. 40 fr. 8 pr. h. t.: Non putauit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos. Vgl. Gai. II 135: praetor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, uirilis sexus nominatim, feminini u*el* nominatim ucl inter ceteros. S. auch Gai. II 129.

9) Vgl. auch Ulp. 40 fr. 5 § 2 de leg. praest. (37. 5): exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem praetor dedit ex caus*is* supra script*is*.

dass die singuläre Zulassung der filii in adoptionem dati zur b. p. c. t. commisso per alium edicto vom Prätor ausdrücklich angeordnet war, vgl. Ulp. 40 fr. 8 § 11[1])—13 h. t.

§ 143. DE LEGATIS PRAESTANDIS CONTRA TABULAS BONORUM POSSESSIONE PETITA[2]).

Ulp. 40[3]), Paul. 41[4]), Julian. 23[5]).

Ulp. 40 fr. 1 pr. h. t.:

> Hic titulus aequitatem quandam habet . . . ., ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum.

Ulp. 40 fr. 5 § 2 h. t.:

> . . . . exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem praetor dedit ex causis supra scriptis . . . .

§ 144. DE COLLATIONE BONORUM[6])

Ulp. 40[7]), Paul. 41[8]), Julian. 23[9]).

Ulp. 40 fr. 1 pr. h. t.:

> Hic titulus manifestam habet aequitatem: cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna.

Ueber Gestalt und Wortlaut des Edicts können wir uns aus den Quellen, in erster Linie Ulpians Commentar, annähernd genau informiren.

1. „Inter eos“ dabitur collatio „quibus possessio data est“. Ulp. 40 fr. 1 § 1 h. t., Tryphon. fr. 20 § 1 de b. p. c. t. (37. 4), Scaeu. fr. 10 h. t. Erläutert bei Ulp. 40 fr. 1 § 2—8 h. t.

2. Iubet autem praetor ita fieri collationem, ut recte caueatur. Ulp. 40 fr. 1 § 9 h. t. Vgl. Tryphon. fr. 20 § 1 cit., Ulp. fragm. XXVIII 4, Paul. sent. V 9 § 4. Erläutert bei Ulp. 40 fr. 1 § 9—13 h. t.

3. An dritter Stelle folgt bei Ulp. 40 fr. 1 § 14 h. t. die Feststellung der collationspflichtigen Personen, und hier dürfte:

1) Ulp. 40 fr. 8 § 11 h. t.: In adoptionem datos filios non summoueri praetor uoluit, modo heredes instituti sint.

2) D. (37. 5).

3) Fr. 1, 3, 5, 8, 10, 12, 14 h. t. Vielleicht gehört hieher auch das Citat in c. 4 § 3 de lib. praeterit. (6. 28).

4) Fr. 9, 11, 15 h. t.

5) Fr. 2, 4, 6 h. t.

6) D. (37. 6), C. (6. 20).

7) Fr. 1 h. t.; fr. 38 de procur. (3. 3)? cf. fr. 2 § 1 h. t.; fr. 8 de usuf. (7. 1)? (kann sich auf die mit der Collationspflicht in Verbindung stehenden gegenseitigen Ersatzansprüche beziehen).

8) Fr. 2, 12 h. t.

9) Fr. 3 h. t.

4. die Bezeichnung der collationsberechtigten Personen einzuschalten sein, die wir aus Paul. 41 fr. 12 h. t. kennen lernen:

Si praegnantem quis uxorem reliquerit et ea uentris nomine in possessionem missa fuerit, interim cessat collatio: nam antequam nascatur, non potest dici in potestate morientis fuisse[1]): sed nato conferetur.

Ich denke mir die Fassung des Edicts nach Massgabe des Obigen bis hieher etwa so:

Inter eos, quibus ita bonorum possessio data erit[2]), *ita collationem fieri iubebo, ut hi, qui in potestate morientis non fuerint, his, qui in potestate morientis fuerint*[3]), *recte caueant* . . . . .

Hieran schloss sich weiter:

5. die Bezeichnung des Inhalts der Caution, etwa:

se, quidquid moriente patre in bonis habuerint doloue malo fecerint quo minus haberent, boni uiri arbitratu collaturos esse.

Diese oder sehr ähnliche Worte sind bei Ulp. 40 fr. 1 § 15—24 h. t. erläutert[4]). Speciell die Worte boni uiri arbitratu ergeben sich aus Paul. 41 fr. 2 § 2 h. t.[5]):

. . . praetor uiri boni arbitratu iubet conferri bona.

Hiemit scheint mir der Inhalt des Edicts erschöpft zu sein. Dass sich der Prätor über die Folgen der Collationsverweigerung ausdrücklich ausgesprochen habe, ist mir nach der Ausdrucksweise der Quellen[6]), wonach diese Folgen sich eher in der Praxis festgestellt haben dürften, sehr unwahrscheinlich. Wenn daher Papinian in fr. 5 § 1 ut legatorum (36. 3) berichtet:

. . . . . cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cauere non potest, quia denegamus ei actiones, defertur condicio cauendi fratribus ex forma iurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restituturos . . . . .,

so werden die Worte „ex forma iurisdictionis“ hier nicht, wie Rudorff (E. P. § 148) annimmt, auf Edictswortlaut, sondern auf prätorische Praxis zu deuten sein.

§ 145. DE DOTIS COLLATIONE[7]).

Ulp. 40[8]), Gai. 14[9]).

Ulp. 40 fr. 1 pr. h. t.:

Quamquam ita demum ad collationem dotis[10]) praetor cogat filiam, si

1) Julian. 23 fr. 3 § 2 h. t.

2) Vgl. Julian. 23 fr. 3 pr. h. t.

3) Der postumi geschah keine Erwähnung, arg. Paul. 41 fr. 12 h. t. In c. 11 h. t. spielen die Worte „his etiam, qui sui futuri essent, si uiuo patre nati fuissent, conferri manifeste significatur“ vermutlich auf das Edict de uentre an. Vgl. S. 276 n. 20.

4) Vgl. auch Paul. 41 fr. 2 pr. — § 4 h. t., Ulp. 40 fr. 1 i. f. de dot. coll. (37. 7), Ulp. fragm. XXVIII, 4.

5) Vgl. Ulp. 79 fr. 5 § 1 h. t.

6) S. besonders Julian. 23 fr. 3 pr. h. t., vgl. auch c. 11 i. f., c. 12 h. t.

7) D. (37. 7), C. (6. 20).

8) Fr. 1 h. t.

9) Fr. 2 h. t.

10) Dotis: vgl. fr. 20 fam. erc. (10. 2).

petat bonorum possessionem, attamen etsi non petat, conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat[1]).

Die Collation musste auch hier „uiri boni arbitratu" zugesagt werden[2]).

Weitere Details sind nicht ersichtlich.

§ 146. DE CONIUNGENDIS CUM EMANCIPATO LIBERIS EIUS[3]).

Ulp. 40[4]), Paul. 41[5]).

Ulp. 40 fr. 1 pr. h. t.[6]).

Si quis ex his, quibus bonorum possessionem praetor pollicetur, in potestate parentis[7]), cum is moritur, non fuerit, ei liberisque, quos in eiusdem familia habuit[8]), si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque notam exheredationis meruerunt[9]), bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam[10]) liberi eius hisque dumtaxat bona sua conferat. (§ 1) hoc edictum aequissimum est . . .

Obiger Bericht gibt, wie schon aus der Uebereinstimmung mit der lex geminata (s. n. 6), ebenso aber aus dem Commentar Ulpians[11]) erhellt, ohne allen Zweifel das Edict Julians fast wortgetreu wieder.

§ 147. DE UENTRE IN POSSESSIONEM MITTENDO ET CURATORE EIUS[12]).

Ulp. 41[13]), Paul. 41[14]), Gai. 14[15]), Julian. 24[16]).

Ulp. fr. 13 § 3 de manum. test. (40. 4):

. . . . edictum praetoris, quo ita cauetur: UENTREM CUM LIBERIS[17]) IN POSSESSIONEM ESSE IUBEBO[18]).

Ulp. 41 fr. 1 § 2 h. t.:

Totiens autem mittitur in possessionem uenter, si non est exheredatus[19]) et id, quod in utero erit, inter suos heredes futurum erit[20]).

Ulp. fr. 3 i. f. ne uis fiat ei (43. 4):

. . . . ex epistula diui Hadriani ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti uentri praetor pollicetur possessionem[21]).

1) Cf. Tryphon. fr. 9 h. t.

2) Papin. fr. 5 § 1 h. t.

3) D. (37. 8). Noua clausula Juliani: fr. 3 h. t., fr. 1 § 13 de uentre (37. 9).

4) Fr. 1 h. t.

5) Fr. 2 h. t.

6) = Pomponius fr. 5 pr. si tabulae test. null. (38. 6).

7) *L. gem. ins.:* de cuius bonis agitur.

8) *L. gem.:* habebit.

9) *L. gem.:* neque nominatim exheredes scripti erunt.

10) *L. gem.:* dimidiam habeat, reliquum.

11) Abschnitte dieses Commentars: fr. 1 § 2—6 (bis zu den Worten patre emancipato); fr. 1 § 6 (von liberos an)—9; § 10; § 11. 12; § 13—17.

12) D. (37. 9).

13) Fr. 1, 6 h. t.

14) Fr. 2, 4 h. t., fr. 62 de legat. I.

15) Fr. 5 h. t.

16) Fr. 5 de b. p. c. t. (37. 4), fr. 2 de inspic. uentre (25. 4).

17) Paul. 41 fr. 62 de legat. I.

18) Marcian. fr. 121 de legat. I, Ulp. 41 fr. 1 pr. § 1 h. t.

19) Ulp. 41 fr. 1 § 2—7 h. t.

20) Ulp. 41 fr. 1 § 8—13 h. t., vgl. c. 11 de coll. (6. 20).

21) Ulp. 41 fr. 1 § 14—16 h. t., Julian. 24 fr. 2 de inspic. uentre (25. 4).

Modestin. fr. 20 pr. de tutor. et curator. (26. 5):

Ventri . . . . a magistratibus populi Romani dari . . . . curator potest: nam de curatore constituendo edicto comprehensum est[1]).

In Zusammenhang mit der letztangeführten Bestimmung stand auch eine Anordnung hinsichtlich der der Erbschaft zu entnehmenden Alimente, wobei wahrscheinlich die Worte „uescendi causa deminuere“ gebraucht waren[2]).

Rudorff (§ 151) hat ausser der ersten Clausel den ganzen Inhalt dieses Edicts, der in Ulpians Commentar deutlich zu verfolgen ist, übersehen.

§ 148. EDICTUM CARBONIANUM[3]).

Ulp. 41[4]), Paul. 41[5]), Julian. 24[6]).

Ulp. 41 fr. 1 pr. § 1 h. t.:

Si cui controuersia fiet, an inter liberos sit[7]), et impubes sit[8]), causa cognita perinde possessio datur ac si nulla de ea re controuersia esset et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur[9]). Eum qui controuersiam facit, si pro pupillo satis ei non detur, simul in possessionem eorum bonorum esse praetor iubet[10]).

Die Vollständigkeit dieses Referats wird (vgl. die Noten) durch Ulpians Commentar bestätigt.

§ 149. DE BONORUM POSSESSIONE SECUNDUM TABULAS[11]).

Ulp. 41[12]), Paul. 41[13]), Gai. 15[14]), Julian. 24[15]).

Ulp. 41 fr. 2 pr. h. t.:

Aequissimum ordinem praetor secutus est: uoluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum.

Der ursprüngliche Wortlaut dieses Edicts ist uns bei Cic. in Verr. II[1] c. 45 § 117 erhalten:

SI DE HEREDITATE AMBIGITUR ET TABULAE TESTAMENTI OBSIGNATAE NON MINUS MULTIS SIGNIS QUAM E LEGE OPORTET AD ME PROFERENTUR, SECUNDUM TABULAS TESTAMENTI POTISSIMUM POSSESSIONEM[16]) DABO.

1) Ulp. 41 fr. 1 § 17—26 h. t. Vgl. fr. 8 de curator. fur. (27. 10), s. S. 254.

2) Ulp. 41 fr. 1 § 3. 19. 20. 25 h. t., vgl. fr. 5 § 3 de Carbon. ed. (37. 10), fr. 15 § 4 de diu. temp. praescr. (44. 3).

3) D. (37. 10), C. (6. 17). Ueber die Stelle dieses Edicts vgl. fr. 4, 6 § 2, 12 h. t.

4) Fr. 1, 3, 5 h. t.

5) Fr. 6, 16 h. t.

6) Fr. 4, 7, cit. fr. 3 § 13, fr. 5 § 1 h. t.

7) Ulp. 41 fr. 1 § 2 — ult., fr. 3 pr. — § 2 h. t. Fr. 3 pr.: Carbonianum edictum aptatum est ad c. t. bonorum possessionem et intestati. Vgl. Paul. 41 fr. 6 § 2 h. t.

8) Ulp. 41 fr. 3 § 3 h. t.

9) Ulp. 41 fr. 3 § 4 — ult. h. t.

10) Ulp. 41 fr. 5 h. t.

11) D. (37. 11), C. (6. 11).

12) Fr. 2, 4 h. t., fr. 21 de substit. (28. 6). Fr. 4 h. t. falsch Ulp. 42 inscribirt.

13) Fr. 3 h. t.

14) Fr. 22 de substit. (28. 6), fr. 64 de legat. I; fr. 11 de auct. et consensu (26. 8)?

15) Fr. 8 h. t.

16) Ueber die Lesart possessionem (nicht hereditatem) vgl. Leist, Serie der Bücher 37. 38, I S. 78. 434 fg.

Im Album Hadrians finden wir das Edict nicht ganz so wieder:

1. Die Worte „si de hereditate ambigitur" sind, so weit ersichtlich, verschwunden.

2. Statt „obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet"[1]) hat das edictum perpetuum:

NON MINUS QUAM SEPTEM TESTIUM[2]) SIGNIS SIGNATAE[3]).

3. Statt „si . . . . ad me proferentur" hat das edictum perpetuum:

SI . . . . . . EXTABUNT[4]).

Darin lag eine Erleichterung der früheren Voraussetzungen[5]).

4. Der ganze Satz „si tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae" wurde als Generalrubrik schon vor die b. p. c. t. verpflanzt (s. S. 272) und daher ohne Zweifel hier nicht wiederholt, sondern bloss subintellegirt[6]).

5. Statt einfach „secundum tabulas" hiess es im Hadrianischen Edict:

SECUNDUM SUPREMAS[7]) TABULAS.

Abgesehen von obigen Punkten dürfte das Edict wohl noch irgend einen Zusatz erhalten haben, der es an die vorausgeschobene b. p. c. t. anknüpfte. Für die Annahme weiterer inhaltlicher Veränderungen oder Ergänzungen dagegen finde ich in den Quellen keinen Anhalt[8]); blosses Referat über prätorische Praxis scheint mir[9]) der Bericht Ulpians in fr. 1 § 8 h. t.:

> exigit praetor, ut is, cuius bonorum possessio datur, utroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum et cum moritur . . . . .

Ulpian commentirt hier einfach die Worte „si tabulae testamenti extabunt". Vgl. Cic. ad fam. VII 21, topic. c. 4 § 18.

§ 150. DE BONIS LIBERTORUM[10]).

Ulp. 42[11]). 43[12]), Paul. 42[13]), Gai. 15[14]), Julian. 25[15]). 26[16]).

In diesem Edict unterscheide ich folgende Stücke:

1) Vgl. dazu Leist, a. a. O. S. 83.

2) Das Urbanedict wird hinzugefügt haben: ciuium Romanorum. Ulp. fr. XXVIII, 6.

3) Gai. II 119, 147. Ulp. fragm. XXIII, 6. XXVIII, 6 Fr. 3 si tab. test. nullae (38. 6), c. 2 de b. p. s. t. Consult. uet. iurec. VI, 18: secundum edicti formam testamentum obsignatum.

4) Fr. 1 § 2. 11 h. t., rubr. u. fr. 3 si tab. test. nullae (38. 6).

5) Auf bloss mündlich errichtete Testamente nahm das Edict auch in seiner spätern Fassung keine Rücksicht. Vgl. c. 2 h. t., fr. 8 § 4 h. t.

6) In den Commentaren findet sich hier keine Spur davon.

7) Fr. 163 pr. de V. S. (50. 16), fr. 1 § 1 h. t.

8) Man wird aus fr. 4 h. t. nicht schliessen dürfen, dass der Prätor sich auf die Bestimmung des Materials der Testamentsurkunde eingelassen habe. Ulpian wird das Wort charta bei irgend einem der zahlreichen von ihm excerpirten Juristen, etwa bei Julian, gefunden haben.

9) A. M. Rudorff, E. P. § 153.

10) D. (38. 2), C. (6. 4).

11) Fr. 1, 3 h. t. Fr. 3 fälschlich Ulp. 41 inscribirt.

12) Fr. 6, 8 h. t., fr. 36 de C. E. (18. 1), fr. 17 de h. u. a. uend. (18. 4), fr. 38 de A. u. O. H. (29. 2), fr. 4 si quid in fraud. (38. 5), fr. 194 de V. S. (50. 16).

13) Fr. 4 h. t.

14) Fr. 5, 7 h. t.; fr. 51 de R. J. (50. 17)? (kann auch zur b. p. s. t. gehören).

15) Fr. 20 h. t., fr. 19 de her. u. act. uend. (18. 4), fr. 106 de condic. (35. 1).

16) Fr. 21 h. t.

1.

Gai. III 41:

. . . . praetoris edicto . . . . . (si) faciat testamentum li*b*ertus, iubetur ita testari, ut patrono suo[1]) partem dimidiam *b*onorum suorum relinqua*t*, et si aut nihil aut minus quam partem dimidiam reliquerit, datur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiae bonorum possessio.

Erläutert bei Ulp. 42[2]), Paul. 42[3]), Julian. 25[4]). Zur Geschichte des Edicts: Ulp. 42 fr. 1 h. t.

Aus Ulpian erfahren wir auch noch einiges Nähere über den Inhalt des Edicts.

Fr. 3 § 5 h. t.:

Ut patronus contra tabulas bonorum possessionem accipere possit, oportet hereditatem aditam esse aut bonorum possessionem petitam.

Fr. 3 § 10 h. t.:

Totiens ad bonorum possessionem contra tabulas inuitatur patronus, quotiens non est heres ex debita portione institutus[5]).

Fr. 3 § 20 h. t.:

Debitam[6]) autem partem eorum, quae cum moritur libertus habuit, patrono damus . . . . . . sed et si dolo malo fecit, quo minus haberet, hoc quoque uoluit praetor pro eo haberi atque si in bonis esset.

2.

Gai. III 41:

. . . . prosunt autem liberto ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habet, se*d* etiam emancipati et in adoptionem dati, si modo aliqua ex parte heredes scripti *sint, aut praeteriti con*tra tabulas testamenti bonorum possessionem ex edicto petierint: nam exheredat*i* nullo modo repellunt patronum.

Hieher Ulp. 43[7]), Julian. 25[8]).

3.

Paul. sent. III 2 § 5 (fr. 20 de iure patr. [37. 14]):

. . . testamento facto decedente liberto potestas datur patrono uel libertatis causa imposita petere uel partis bonorum possessionem . . .

Theod. c. 2 de b. p. c. t. lib. (6. 13)[9]):

Patronus liberti muneribus electis et operis contra tabulas bonorum possessione repellitur.

1) De patrona cf. Gai. III 49. 50.

2) Fr. 1, 3 h. t. Abschnitte des Commentars: fr. 1. — fr. 3 pr. bis § 9. — fr. 3 § 10—19. — fr. 3 § 20.

3) Fr. 4 h. t.

4) Fr. 20 pr. — § 3 h. t.; fr. 106 de condic. (35. 1)? (könnte in die Lehre von der Berechnung des Pflichtteils gehören). Oder ist die Inscription falsch (Jul. XXXV)?

5) Ulp. 42 fr. 3 § 11—19, vgl. auch fr. 19 § 1 h. t.

6) *Scr.* dimidiam.

7) Fr. 6 pr. § 2. 3 h. t.; fr. 38 de A. u. O. H. (29. 2)? vgl. etwa fr. 20 i. f. h. t. Fr. 6 § 1 h. t. bezieht sich nicht auf das Edict, sondern auf die lex Papia, vgl. Gai. III 46, 47.

8) Fr. 20 § 4—ult. h. t.

9) Vgl. Schmidt, Pflichtteilsrecht des Patrons S. 58 fg., Leist, Serie der Bücher 37. 38, V. S. 438 n. 41.

4.

Papin. fr. 41 de operis lib. (38. 1):

Libertus qui operarum obligatione dimissus est atque ita liberam testamenti factionem adsecutus est . . . .

Paul. fr. 53 pr. de V. S. (50. 16):

Cum . . . . dicit praetor „SI DONUM MUNUS OPERAS[1]) REDEMERIT“, si omnia imposita sunt, certum est omnia redimenda esse.

Vgl. Ulp. fr. 37 pr. h. t., Paul. sent. II 32, c. 4 de operis lib. (6. 3).

Erläutert bei Ulp. 43[2]), Julian. 25[3]).

5.

Ulp. 43. fr. 6 § 4 h. t.:

Patronus patronique liberi[4]), si secundum uoluntatem mortui liberti hereditatem adierint legatumue aut fideicommissum petere maluerint, ad contra tabulas bonorum possessionem non admittuntur.

Vgl. Tryphon. fr. 50 § 1. 2 eod.: „uerbis edicti“, „fraudem edicto“.

Erläutert bei Ulp. 43[5]), Gai. 15[6]).

6.

Paul. 41 fr 6 pr. de b. p. (37. 1):

Sed cum patrono quidem contra tabulas *alterius*[7]) partis bonorum possessionem praetor polliceatur, scripto autem heredi secundum tabulas alterius partis: conuenit non esse ius adcrescendi . igitur non petente scripto secundum tabulas alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur.

Erläutert (wahrscheinlich) bei Ulp. 43[8]), Julian. 26[9]).

§ 151. SI QUID IN FRAUDEM PATRONI FACTUM SIT[10]).

Ulp. 44, Paul. 42, Julian. 26.

1. *FABIANUM*[11]) *EDICTUM.*

Ulp. 44[12]), Paul. 42[13]), Julian. 26[14]).

Ulp. 44 fr. 1 pr. h. t.:

1) Prob. Einsidl. 54: D. M. O. = donum munus operas.

2) Fr. 36 de C. E. (18. 1), fr. 17 de her. uel act. uend. (18. 4), fr. 194 de V. S. (50. 16).

3) Fr. 19 de h. u. act. uend. (18. 4).

4) Von diesen war an dieser Stelle des Edicts noch nicht die Rede (vgl. § 152). Ulpian greift vor.

5) Fr. 6 § 4, fr. 8 h. t.

6) Fr. 7 h. t.

7) *D.:* certae.

8) Fr. 4 § 1 si quid in fraudem (38. 5). Fr. 4 pr. ist jedenfalls nur eine irgendwo gemachte gelegentliche Bemerkung. Vgl. § 151.

9) Fr. 21 h. t.

10) D. (38. 5), C. (6. 5).

11) Zur Schreibung d. Namens: Mommsen, Dig. II p. 341 n. 2, Leist, Serie der Bücher 37. 38, V S. 539 n. 37.

12) Fr. 1, 3 pr. — § 2 h. t., fr. 10 pr. de bon. lib. (38. 2) cf. fr. 1 § 5 h. t., fr. 52 de R. J. (50. 17) cf. fr. 1 § 7 h. t.

13) Fr. 5 h. t., fr. 53 de R. J. (50. 17).

14) Fr. 6, 8 h. t., cit. fr. 1 § 6 h. t.

> Si quid dolo malo liberti factum esse dicetur . . . . . ., quo minus quam pars debita bonorum ad eorum quem perueniat, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt: cognoscit praetor et operam dat, ne ea res ei fraudi sit.

Die Compilatoren haben in der oben angedeuteten Lücke (hinter dicetur) die Worte eingeschoben „siue testamento facto siue intestatus libertus decesserit" und dadurch den Anschein erregt, als ob ein und dasselbe hier von Ulpian wortgetreu wiedergegebene Edict die Grundlage zugleich der Fabiana und Caluisiana bilde. Dass hier eine Interpolation vorliegt, ergibt sich schon aus dem gleich folgenden „qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt", Worte, die einen libertus testatus voraussetzen, sodann aber auch aus dem ganzen Commentar Ulpians, in dem die Caluisiana nur einmal gelegentlich vorkommt, vielleicht auch hier nur durch Interpolation. Die Caluisiana beruhte auf besonderm Edict (s. unten 2.), dessen Inhalt in fr. 3 § 3 h. t. referirt ist.

Die Formel[1]) lässt sich nach den Aeusserungen, die auf uns gekommen sind, nicht sicher reconstruiren. Eine rescissorische Musterformel ist nach verschiedenen Anwendungen der Klage — vgl. fr. 1 § 13. 18. 19 h. t. — nicht wahrscheinlich[2]). Die ausdrückliche Warnung Ulpians in fr. 1 § 26 h. t. „haec actio in personam est, non in rem" lässt vermuten, dass die Fassung den Gedanken, die actio contra quemcunque possidentem zu erheben, nahe legte. Das „cognoscit praetor et operam dat, ne ea res ei fraudi sit" deutet darauf, dass bei der Fassung der Formel das prätorische Ermessen eine Rolle spielte, wie das bei der grossen Verschiedenartigkeit der hier in Betracht kommenden Fälle auch kaum anders sein konnte.

Sicher ist, dass die actio eine arbitraria war. Paul. 42 fr. 5 § 1 h. t.:

> In actione Fabiana si res non restituatur, tanti damnabitur reus, quanti actor in litem iurauerit.

Das arbitrium iudicis ist in fr. 1 § 12. 22 h. t. erwähnt.

2. *CALUISIANUM EDICTUM.*

Ulp. 44[3]).

Ulp. 44 fr. 3 § 3 h. t.:

> Si intestatus libertus decesserit, patronus adeundo hereditatem eius reuocat per Caluisianam actionem[4]) ea quae alienata sunt dolo malo, quo minus pars ex testamento debita bonorum liberti ad patronum liberosue eius perueniret . . . . .

Die Formel lässt sich nicht herstellen; wahrscheinlich ist, dass sie der Fabiana sehr ähnlich war.

1) Fabiana formula: Paul. sent. III 3.

2) Rudorff, E. P. § 155, Voigt, Condictionen n. 754, Huschke, Zschr. f. C. Rt. u. Pr. N. F. XIV S. 51 n. 3 concipiren in factum.

3) Fr. 3 § 3—ult. h. t.

4) Fr. 1 § 11, fr. 2 h. t., fr. 16 § 6 de h. p. (5. 3), fr. 16 pr. de iure patr. (37. 14), c. 2 h. t.

§ 152. *DE LIBERIS PATRONI.*

Ulp. 44[1]), Gai. 15[2]), Julian. 26[3]).

Gai. III 45. 46:

> Quae diximus de patrono, eadem intellegemus et de filio patroni[4]), item de ne*po*te *ex* filio (*et de*) pronepo*te ex nepote* *fil*io nato pro*gn*ato . . . . . . pr*aetor autem nonnisi uirilis* sex*us* patronorum liber*os uocat*[5]).

Julian. 26 fr. 13 de bon. lib. (38. 2):

> Filius patroni exheredatus[6]) . . . . bonorum possessionem contra tabulas paternorum libertorum accipere non potest.

§ 153. *QUIBUS BONORUM POSSESSIO LIBERTI NON DATUR.*

Ulp. 45[7]), Paul. 42[8]), Julian. 26[9]).

Ulp. 45 fr. 14 pr. de bon. lib. (38. 2):

> Qui, cum maior natu esset quam uiginti quinque annis, libertum capitis accusauerit[10]) aut in seruitutem petierit[11]), remouetur[12]) a contra tabulas bonorum possessione.

Ulp. 45 fr. 16 § 5 eod.:

> Si quis bonorum possessionem contra tabulas liberti acceperit, ab omni liberti iudicio repellitur[13]).

Möglich, dass die in § 150 unter 3. erwähnte Clausel nicht dorthin, sondern hieher gehört.

§ 154. SI A PARENTE QUIS MANUMISSUS SIT[14]).

Ulp. 45[15]), Gai. 15[16]).

Ulp. 45 fr. 1 pr. h. t.:

> Emancipatus a patre in ea causa est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti patiatur exitum.

Ulp. 45 fr. 1 § 1 h. t.:

> Enumerantur igitur edicto personae manumissorum sic: IN EO QUI A PATRE AUOUE PATERNO PROAUOUE PATERNI AUI PATRE.

Zu ergänzen ist etwa:

1) Fr. 10 § 1, fr. 12 de bon. lib. (38. 2).
2) Fr. 5 eod.
3) Fr. 11, 13 eod.
4) Ulp. 44 fr. 12 § 7 eod., Gai. 15 fr. 5 eod.
5) Dem Sinn nach sicher: vgl. Gai. III 47 i. f., Ulp. fragm. XXIX 5.
6) Ulp. 44 fr. 10 § 1, 12 pr.—§ 6 eod., Julian. 26 fr. 11, 13 eod.
7) Fr. 14, 16 de bon. lib. (38. 2), fr. 6 unde cogn. (38. 8), fr. 9 qui test. fac. poss. (28. 1) cf. fr. 14 § 8 de bon. lib. (38. 2).
8) Fr. 9 de bon. lib. (38. 2).
9) Fr. 41 de A. u. O. H. (29. 2), cit. fr. 40, 42 pr. eod. Vgl. hiezu fr. 16 § 5 de bon. lib. (38. 2).
10) Ulp. 45 fr. 14 de bon. lib. (38. 2), vgl. fr. 10 pr. de iure patr. (37. 14), fr. 51 de bon. lib. (38. 2).
11) Ulp. 45 fr. 16 pr.—§ 3 eod., Paul. 42 fr. 9 eod.
12) Ulp. 45 fr. 16 § 4 eod.
13) Ulp. 45 fr. 16 § 5 sqq. eod. Dass hier edictale Satzung vorliegt, geht namentlich aus fr. 16 § 8 eod. hervor.
14) D. (37. 12).
15) Fr. 1 h. t.
16) Fr. 2 h. t.



manumissus moritur, idem ius seruabo atque si ex seruitute manumissus esset[1]).

Nach § 6 I. quib. mod. ius pot. (1. 12) ist zu vermuten, dass der Wortlaut des Edicts auch auf die manumissa Rücksicht nahm: *in eo eaue . . . . manumissus manumissa moritur*[2]).

Das Edict wurde übrigens in mehr als einer Beziehung einschränkend interpretirt. Vgl. Ulp. 45 fr. 1 § 5 h. t., Gai. 15 fr. 2 h. t.

§ 155. DE BONORUM POSSESSIONE EX TESTAMENTO MILITIS[3]).

Ulp. 45[4]), Paul. 43[5]), Gai. 15[6]), Julian. 27[7]).

Gai. 15 fr. 2 de test. mil. (29. 1):

> De militis testamento ideo separatim proconsul edicit, quod optime nouit ex constitutionibus principalibus[8]) propria atque singularia iura in testamenta eorum obseruari.

Der Inhalt des Edicts dürfte wohl einfach die Verheissung gewesen sein, aus dem nach Massgabe der kaiserlichen Constitutionen giltigen testamentum militis bonorum possessio erteilen zu wollen.

B. SI TABULAE TESTAMENTI NULLAE EXTABUNT[9]).

Ulp. 46. 47, Paul. 43, Gai. 16, Julian. 27.

Ulp. *46*[10]) fr. 1 pr. h. t.:

> Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitum fecit ad intestatos . . . .

Auf obige Generalrubrik gehen: Ulp. *46* fr. 1 pr.—§ 4 h. t., fr. 11 de iniusto (28. 3), fr. 39 de a. u. o. h. (29. 2), vgl. noch Ulp. fr. 3 h. t., Modestin. fr. 1 § 1 quis ordo (38. 15).

Zur Reihenfolge der hieher gehörigen Clauseln vgl. § 3 I. de b. p. (3. 9), Ulp. *46* fr. 1 § 1 h. t.

§ 156. *UNDE LIBERI*[11]).

Ulp. 46[12]), Julian. 27[13]).

Ulp. *46* fr. 1 § 5 h. t.:

1) Vgl. fr. 1 § 2 h. t., § 6 I. quib. mod. ius pot. (1. 12); s. auch Gai. epit. I 6 § 3.

2) Vgl. auch Prob. Einsidl. 51 (S. Q. M. M. M. M. M. = si quis manumis*sus* manumissa moritur), wahrscheinlich eine ältere Fassung unseres Edicts.

3) D. (37. 13).

4) Fr. un. h. t., fr. 1, 11, 13, 15, 42, 44 de test. mil. (29. 1), fr. 22 de test. tut. (26. 2) cf. fr. 13 § 3 de test. mil. (29. 1), fr. 8 de castr. pec. (49. 17).

5) Fr. 16 de test. mil. (29. 1).

6) Fr. 2, 17 de test. mil. (29. 1).

7) Fr. 20 eod., fr. 15 de legib. (1. 3), fr. 15 de m. c. don. (39. 6), cit. fr. 20 de condic. (35. 1) cf. fr. 15 § 4 de test. mil. (29. 1).

8) Vgl. Ulp. 45 fr. 1 pr. de test. mil. (29. 1).

9) D. (38. 6).

10) Die Inscription Ulp. 44 ist unzweifelhaft falsch.

11) D. (38. 6), C. (6. 14).

12) Fr. 1 § 5—ult. h. t., fr. 23 si quis omissa (29. 4).

13) Fr. 2 h. t., cit. fr. 1 § 11 de uentre (37. 9).

Recte autem praetor a liberis initium fecit ab intestato successionis.

Paul. fr. 4 h. t.:

Liberi et capite minuti[1]) per edictum praetoris ad bonorum possessionem uocantur parentium, nisi si adoptiui fuerint.

Coll. XVI 7 § 2:

Suis praetor solet emancipatos liberos itemque ciuitate donatos[2]) coniungere.

Diocl. et Max. c. 9 de coll. (6. 20):

. . . . ab intestato . . . . ad successionem paternam uenientem ad collationem forma edicti perpetui[3]) certo iure prouocat.

Vgl. noch fr. 1 § 8 de dot. coll. (37. 7).

Die Bezeichnung der Clausel als „*unde liberi*" und die entsprechende der folgenden Clauseln gehört nicht dem Edict, sondern der Jurisprudenz an[4]).

§ 157. *UNDE LEGITIMI*[5]).

Ulp. 46[6]), Paul. 43[7]), Julian. 27[8]).

Julian. 27 fr. 1 h. t.:

Haec uerba edicti: TUM QUEM EI HEREDEM ESSE OPORTERET, SI INTESTATUS MORTUUS ESSET[9]) . . . .

Dieser Clausel war die Clausel *UNDE DECEM PERSONAE* als Ausnahme angehängt, die daher bei Ulp. XXVIII 7 — anders als in § 3. 5 I. de b. p. (3. 9) — keine besondere Klasse bildet. Ueber sie berichten Ulpians Institutionen (coll. XVI 9 § 2):

Quodsi is, qui decessit, liber fuit ex (*mancipatione citra*) remancipationem[10]) manumissus, lex quidem duodecim tabularum manumissori legitimam hereditatem detulit: sed praetor aequitate motus decem personas cognatorum[11]) ei praetulit has: patrem matrem, filium filiam, auum auiam, nepotem neptem, fratrem sororem . . . .

Von den Commentaren hiezu ist nichts erhalten.

1) Fr. 5 § 1 h. t., § 9 I. de her. q. ab int. (3. 1).

2) Gai. III 20. 26.

3) Tryphon. fr. 20 § 1 de b. p. c. t. (37. 4): . . . . ex illa parte edicti, qua intestato patre mortuo emancipatus ad bonorum possessionem admissus ad collationem compellitur . . . .

4) Vgl. z. B. Julian. fr. 2 h. t.: ex illa parte edicti, unde legitimi uocantur. Tryph. fr. 20 § 1 de b. p. c. t. (37. 4): ex hac parte . . . ., unde c. t. accepit b. p^em. Uebereinstimmend Rudorff, E. P. § 159 n. 2, dessen eigene daselbst gegebene Fassung der Clausel aber viel zu summarisch ist.

5) D. (38. 7), C. (6. 15).

6) Fr. 2 h. t., fr. 5 de suis (38. 16), fr. 54 de R. J. (50. 17) — iniurecessio hereditatis (a. M. Rudorff, E. P. § 160).

7) Fr. 3 h. t., fr. 18 de bon. lib. (38. 2) cf. Gai. III 45, 53, Ulp. fragm. XXVII, 1.

8) Fr. 1, 4 h. t., cit. fr. 22 de bon. lib. (38. 2); fr. 21 si quis omissa (29. 4)?

9) Cic. in Verr. II¹ c. 44 § 114. Ungenaue Relation (tum quem ei heredem esse oportet) in fr. 4 h. t., fr. 1 § 2 ut ex leg. (38. 14), fr. 227 pr. de V. S. (50. 16). Vgl. Leist, Serie der Bücher 37. 38, I S. 81 fg. 102 fg. 109 fg.

10) C. Berol.: ex remancipationem. Der Sinn ist zweifellos, mag man nun die corrupte Lesart mit Huschke wie oben, oder anders verbessern.

11) Vgl. ausser den im Text angeff. Stellen noch c. 1 § 3 de sec. nupt. (5. 9).

§ 158. *UNDE COGNATI*[1]).

Ulp. 46[2]), Gai. 16[3]), Julian. 27[4]).

§ 3 I. de b. p. (3. 9):

.... praetor .... dat bonorum possessionem .... quarto[5]) cognatis proximis[6]) ....

Cf. Ulp. fragm. XXVIII, 7.

Ulp. 46 fr. 1 § 3 h. t.:

Haec autem bonorum possessio, quae ex hac parte edicti datur, cognatorum gradus sex complectitur et ex septimo duas personas sobrino et sobrina natum et natam.

Cf. § 5 I. de succ. cogn. (3. 5).

Zur Geschichte der Clausel vgl. Cic. de part. orat. c. 28 § 98, pro Cluentio c. 60 § 165, dazu Leist, Serie der Bücher 37. 38, I S. 63 fgg.

§ 159. *UNDE FAMILIA PATRONI.*

Ulp. 46[7]), Gai. 16[8]), Julian, 27[9]).

§ 3 I. de b. p. (3. 9):

.... praetor .... dat bonorum possessionem ..... quinto tum quam ex familia[10]) ....

Ulp. XXVIII, 7:

quarto familiae patroni ....

cf. Coll. XVI, 9 § 1.

Die Lesart „tum quam“ in § 3 I. cit. ist mehr als zweifelhaft. Andere Handschriften haben „tum qua“. Theophilus las „tamquam“ (ὡσανεί). Cujaz conjicirt „tum quem“, und dafür spricht, dass Ulp. 46 unmittelbar vor der Erörterung der Bedeutung von familia in fr. 195 pr. de V. S. sagt:

Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.

Auf Reconstruction des Edictswortlauts ist um so mehr zu verzichten[11]), als bekanntlich schon der materielle Inhalt der Clausel überaus bestritten und zweifelhaft ist[12]). In letzterer Beziehung muss ich mir an diesem Orte alle Polemik versagen und beschränke mich zur Klarstellung meines eigenen Standpunkts auf folgende Bemerkungen.

1) D. (38. 8), C. (6. 15).
2) Fr. 1 h. t., fr. 2 de grad. (38. 10).
3) Fr. 2 h. t.
4) Fr. 3 h. t.
5) S. § 157.
6) Paul. fr. 10 pr. de grad. (38. 10). Cognatis: Ulp. 46 fr. 1 § 1—4 h. t. Proximis: fr. 1 § 5—8 h. t. Ulp. 46 fr. 1 § 10 h. t.: gradatim autem admittuntur cognati ad bonorum possessionem.
7) Fr. 195 de V. S. (50. 16).
8) Fr. 196 eod.
9) Fr. 23 de bon. lib. (38. 2)?
10) Ulp. 46 fr. 195 § 1—ult. de V. S., Gai. 16 fr. 196 eod.
11) Die Unmöglichkeit der Reconstructionen von Huschke, Studien des r. Rts. S. 105, und Rudorff, E P. § 163[a], dürfte leicht zu erweisen sein.
12) Vgl. statt Vieler: Huschke, a. a. O. S. 94 fgg., Leist, Serie der Bücher 37. 38, V S. 359 fgg.

1. In unserer Klasse waren zweifellos berufen: der Patron[1]), die Patronin und die liberi des Patrons, nicht aber der Patronin[2]). Dass noch weitere Verwandte des Patrons hieher gehören (s. Ziff. 2[c]), ist blosse Vermutung[3]), für die aber sehr gute Gründe sprechen.

2. Unserer Klasse mangelt die Legalunterlage: sonst wäre sie in der Klasse unde legitimi inbegriffen gewesen. Da nun der Patron, die Patronin und die Kinder des Patrons zweifellos civiles Intestaterbrecht haben[4]), also in der Klasse unde legitimi berufen sind, so folgt, dass der Prätor, wenn er sie hier zum zweiten Mal beruft, jetzt von gewissen civilrechtlichen Voraussetzungen abgesehen haben muss, die in der Klasse unde legitimi massgebend waren. Dabei ist an ein Doppeltes zu denken:

a. an den Satz „in legitimis hereditatibus successio non est". In der Klasse Unde familia fand ganz wie in der Unde cognati Succession statt[5]), in der Klasse Unde legitimi nicht[6]).

b. an den Einfluss der capitis deminutio. Der patronus capite minutus und die emancipirten Kinder des Patrons waren zur hereditas legitima liberti und also auch zur b. p. unde legitimi **nicht** berufen. Der Prätor hat aber **zweifellos** beide berufen[7]), und wo anders sollte er dies getan haben als eben in der Klasse tum quem ex familia[8])? Hat nun aber der Prätor einmal den Weg der rescissio capitis deminutionis betreten, in unserer Clausel neben der wirklichen auch die fingirte familia patroni berufen, so ist es:

c. überaus wahrscheinlich, dass er hier auch des parens manumissor des Patrons gedachte, der ja nur in Folge der capitis deminutio des Patrons nicht zu dessen familia i. e. S. gehört, und für diese Vermutung spricht entscheidend die in § 160 zu betrachtende Clausel[9]): denn wie könnte der Prätor die parentes patroni patroni berufen, wenn er nicht zuvor den parentes patroni Erbrecht gewährt hätte?

§ 160. *UNDE PATRONUS PATRONI.*

§ 3 I. de b. p. (3. 9)[10]):

> .... praetor ..... dat bonorum possessionem ..... sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus.

1) Gai. 16 fr. 196 pr. de V. S. (50. 16): familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur. Man beachte die Inscription.

2) Gai. 16 fr. 196 § 1 eod.: feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia, qui nascuntur, patris familiam sequuntur. Zum Sprachgebrauch vgl. noch fr. 37 pr., 50 § 5 de bon. lib. (38. 2), fr. 5 pr. de ads. lib. (38. 4).

3) Zu c. 4 § 23 de bon. lib. (6. 4) vgl. **Huschke**, a. a. O. S. 74 n. 11.

4) Gai. III 40. 49. 45. 46, Ulp. fragm. XXIX, 1. 4. 5.

5) Arg. Julian. 27 fr. 23 § 1 de bon. lib. (38. 2): nepotes non admittentur, quamdiu **filius esset**.

6) Wenigstens nach der richtigen und auch wohl herrschend gebliebenen Ansicht. Gai. III 28, § 7 I. de leg. agn. succ. (3. 2).

7) Julian. 27 fr. 23 pr. de bon. lib. (38. 2), Pompon. fr. 2 § 2 eod., arg. fr. 3 § 4. 5 de ads. lib. (38. 4), c. 4 § 23 de bon. lib. (6. 4).

8) Bei Julian. 27 fr. 23 pr. cit. sind die Worte „ut legitimus" eine m. E. handgreifliche Interpolation. So auch schon **Förster** in Zschr. f. gesch. R. W. V S. 61 n. 14.

9) Dagegen darf der in c. 4 § 23 de bon. lib. (6. 4) gebrauchte allgemeine Ausdruck „*τοὺς ἐξ ἀρρενογονίας αὐτοῦ συγγενεῖς*" nicht als unterstützender Beweis für obige Hypothese angeführt werden. S. n. 3.

10) Das Referat in § 6 (5) I. eod. ist zweifellos missverständlich.

Ulp. XXVIII, 7:

quinto patrono patronae, item liberis *parentibus*ue patroni patronaeue.

Coll. XVI, 9 § 1:

Post familiam patroni uocat praetor patronum et patronam, item liberos et parentes patroni et patronae.

Vgl. auch c. 4 § 23 de bon. lib. (6. 4).

Auch der Inhalt dieser Clausel ist bekanntlich überaus bestritten[1]). M. E. sind hier berufen:

1. Patronus patronaue patroni patronae.
2. Die liberi und parentes dieses zweiten Patrons.

Liberi und parentes aber sind hier nur die agnatischen oder bloss durch capitis deminutio von der Agnation ausgeschlossenen Descendenten und Ascendenten[2]), m. a. W. die familia des zweiten Patrons im Sinne der Klasse tum quem ex familia[3]).

§ 161. *UNDE UIR ET UXOR*[4]).

Ulp. 47[5]).

§ 3 I. de b. p. (3. 9):

.... praetor .... dat bonorum possessionem ..... septimo uiro et uxori.

Cf. Ulp. XXVIII, 7. Coll. XVI, 8 § 1.

§ 162. *UNDE COGNATI MANUMISSORIS.*

Ulp. 47[6]).

§ 3 I. de b. p. (3. 9):

.... praetor ..... dat bonorum possessionem ..... octauo cognatis manumissoris.

Ulp. XXVIII, 7:

cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet[7]).

Cf. coll. XVI, 9 § 1.

Der Patron war anscheinend auch hier wieder mitberufen, arg. Ulp. 47 fr. 17 de bon. lib. (38. 2).

1) Vgl. Leist, a. a. O. S. 363 fgg.

2) A. M. Leist, a. a. O. S. 374, dessen Ansicht ich im Uebrigen folge.

3) Auffallend ist hiebei in § 3 I. cit. das liberisque eorum, da nach dem Edict die Kinder der Patronin nicht zur b. p. berufen waren, um so weniger also die Kinder der patrona patroni. Das Edict hatte wohl das Wort eorum nicht, das auch bei Ulp. l. c. und in der coll. fehlt. Da aber die lex Julia et Papia Poppaea dem patronae filius Anrecht auf die b. p. gab — Gai. III 53 —, so erklärt es sich leicht, dass die Interpreten seitdem das Wort liberos in unserer Clausel auch auf den filius patronae bezogen. S. auch Paul. 43 fr. 18 de bon. lib. (38. 2).

4) D. (38. 11), C. (6. 18).

5) Fr. 1 h. t. Fr. 7 de uentre (37. 9), das Rudorff, E. P. § 164, ebenfalls hieher zieht, ist eine Schlussbemerkung zu sämmtlichen Intestatklassen.

6) Fr. 17 de bon. lib. (38. 2).

7) Fr. Vat. 301.

C. CLAUSULAE GENERALES.

Ulp. 48. 49, Paul. 44, Gai. 17, Julian. 28.

§ 163. QUIBUS NON COMPETIT BONORUM POSSESSIO[1]).

Ulp. 48[2]), Paul. 44[3]), Julian. 28[4]).

Soweit aus den Quellen ersichtlich, versagt der Prätor in drei Fällen die b. p.[5]).

1.

Afric. fr. 13 de b. p. (37. 1):

> Edicto praetoris bonorum possessio his denegatur, qui rei capitalis damnati sunt[6]) neque in integrum restituti sunt.

2.

Aus Ulp. 48 fr. 1 si quis aliquem (29. 6), Paul. 44 fr. 2 eod., Julian. 28 fr. 1 h. t. erhellt, dass demjenigen, der einen andern dolos an Errichtung oder Veränderung eines Testaments verhinderte (cuius dolo malo factum erit, quo minus . . . .) vom Prätor die b. p. versagt wurde, und zwar nach ausdrücklicher Edictsvorschrift[7]). Nach der rubr. D. (29. 6), C. (6. 34) „si quis aliquem testari prohibuerit uel coegerit" steht zu vermuten, dass von demjenigen, der zur Errichtung eines Testaments gezwungen hatte, ein Gleiches galt[8]).

3.

Ulp. 48 fr. 12 § 1 de b. p. (37. 1):

> Ubicunque lex uel senatus uel constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat.

§ 164. UT EX LEGIBUS SENATUSUE CONSULTIS BONORUM POSSESSIO DETUR[9]).

Ulp. 49[10]), Gai. 17[11]).

Ulp. 49 fr. 1 pr. h. t.:

> Praetor ait: UTI ME QUAQUE LEGE SENATUS CONSULTO BONORUM POSSESSIONEM DARE OPORTEBIT, ITA DABO[12]).

1) D. (38. 13).

2) Fr. 1 si quis aliq. test. prohib. (29. 6), fr. 12 de b. p. (37. 1), fr. 2 de poen. (48. 19).

3) Fr. 2 si quis aliq. test. prohib. (29. 6).

4) Fr. 1 h. t.

5) Zur Geschichte cf. Val. Maxim. VII 7 § 6. 7.

6) Ulp. 48 fr. 2 de poen. (48. 19).

7) Vgl. Julian. l. c.: hic casus uerbis edicti non continetur.

8) Vgl. auch c. 1 tit. cit.: „ciuili disceptationi". Ueber die Streitfrage s. die Literatur bei Windscheid, Pand. III § 548 n. 2.

9) D. (38. 14).

10) Fr. un. h. t., fr. un. de lib. uniu. (38. 3) vgl. Ulp. XXII, 5.

11) Fr. 56 de usuf. (7. 1) ict. Ulp. 49 fr. un. de lib. uniu. (38. 3).

12) Vgl. Paul. 41 fr. 6 § 1 i. f. de b. p. (37. 1), § 8 [7] I. de b. p. (3. 9).

Auf diesem allgemeinen Edict und nicht etwa auf einem Specialedict — vgl. namentlich fr. 1 § 1 de lib. uniu. (38. 3) — beruhte auch die b. p. der Municipien am Nachlass der Municipalfreigelassenen. Daher kann Ulp. 39 fr. 3 § 4 de b. p. (37. 1):

> sed et si nemo petat uel adgnouerit bonorum possessionem nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem praetoris edicto . . .,

kann dies nicht von einem besondern Edict verstanden werden. Wahrscheinlich ist der nach Inhalt und Form gleich verdächtige Satz ein Product der Compilatoren.

§ 165. SUCCESSORIUM EDICTUM[1]).

Ulp. 49[2]), Paul. 44[3]), Julian. 28[4]).

Ulp. 49 fr. 1 § 10 h. t.:

> Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit[5]) aut in diebus statutis non admiserit[6]), tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit[7]).

Ohne Zweifel entspricht dieser Bericht ziemlich wortgetreu dem Wortlaut des Edicts selber (vgl. n. 5—7). Statt diebus statutis wird es geheissen haben „intra dies centum[8])“: die den parentes und liberi gewährte längere Frist von einem Jahr scheint in einem besondern Zusatz am Schluss des successorium edictum festgestellt gewesen zu sein[9]).

Tit. XXVI.

DE TESTAMENTIS.

Ulp. 50, Paul. 45. 46, Gai. 17, Gai. l. 2 de testamentis ad edict. pr. urb., Julian. 29—31.

Gaius und Julian knüpfen an diese Rubrik die allgemeine Lehre von den Testamenten; es gehören hieher die in den Noten angeführten Stellen

1) D. (38. 9), C. (6. 16). Vgl. Papin. fr. 2 h. t. „beneficium edicti successorii“; Paul. 44 fr. 1 § 3 de iur. et facti ign. (22. 6): „ex successorio capite“.

2) Fr. 1 h. t., fr. 2 quis ordo (38. 15).

3) Fr. 1 de iur. et facti ign. (22. 6), fr. 3 quis ordo (38. 15).

4) Fr. 4 quis ordo (38. 15).

5) Ulp. 49 fr. 1 § 1—7 h. t., Julian. 28 fr. 4 pr. quis ordo (38. 15).

6) Ulp. 49 fr. 1 § 8. 9 h. t., fr. 2 quis ordo (38. 15), Paul. 44 fr. 1 de iur. et facti ign. (22. 6).

7) Fr. 1 § 11 h. t., vgl. auch Pompon. fr. 2 pr. de bon. lib. (38. 2), Ulp. XXVIII 11, § 10 [5] I. de b. p. (3. 9).

8) Ulp. 49 fr. 1 § 8. 9 h. t., dazu fr. 2 quis ordo (38. 15).

9) Ulp. 49 fr. 1 § 12—ult. h. t.

aus Gai. 17[1]) und Gai. de test. ad ed. pr. urb. lib. 1[2]), sowie das ganze 29. und 30. Buch[3]) Julians, wo daher überall ein Zusammenhang mit bestimmten Edictsclauseln nicht zu suchen ist.

§ 166. DE CONDICIONIBUS INSTITUTIONUM[4]).

Ulp. 50[5]), Paul. 45[6]), Gai. de test. ad ed. pr. urb. lib. 2[7]), Julian. 31[8]).

Ulp. 50 fr. 8 pr. h. t.:

> . . uoluit (praetor) . . . eum, cui sub iurisiurandi condicione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis iurisiurandi condicio inseritur . . . .

Cf. Marcell. fr. 29 § 2 de test. milit. (29. 1).

Das Edict bezog sich nur auf Erbeinsetzungen und Legate; seine Anwendung auf Fideicommisse und mortis causa donationes beruht auf Interpretation[9]).

Nicht im Edict stand der Satz, den Ulp. 50 fr. 8 § 6 h. t. vorträgt:

> . . . . actiones hereditarias[10]) non alias habebit, quam si dederit uel fecerit id, quod erat iussus iurare . . . .

Arg. Julian. fr. 26 pr. de condicion. (35. 1).

Zur Geschichte des Edicts vgl. Cic. in Verr. II¹ c. 47 § 123. 124, Iauolen. fr. 62 pr. de a. u. o. h. (29. 2).

§ 167. TESTAMENTA QUEMADMODUM APERIANTUR INSPICIANTUR ET DESCRIBANTUR[11]).

Ulp. 50[12]), Paul. 45[13]), Gai. 17[14]), Julian. 31[15]).

1.

Paul. sent. IV 6 § 1 (vgl. III 5 § 17):

> Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes uel maxima pars eorum adhibeatur, qui signauerint testamentum: ita ut agnitis signis rupto lino aperiatur et recitetur atque ita describendi exempli fiat

1) Fr. 6, 8 qui test. fac. poss. (28. 1), fr. 30 de lib. et post. (28. 2), fr. 31 de hered. instit. (28. 5).

2) Fr. 32 de hered. instit. (28. 5), fr. 16 de condic. et demonstr. (35. 1).

3) Falsch citirt ist Julian. 30 in fr. 8 de usuf. adcr. (7. 2) statt Julian. 35 (cf. Fr. Vat. 87), wahrscheinlich auch in fr. 20 quando dies (36. 2) statt Julian. 36.

4) D. (28. 7), C. (6. 25).

5) Fr. 8 h. t., fr. 12 de manum. test. (40. 4).

6) Fr. 9 h. t.

7) Fr. 33 de her. instit. (28. 5): Einleitung (von den Bedingungen bei Erbeinsetzungen überhaupt).

8) Cit. fr. 12 § 2 de manum. test. (40. 4).

9) Vgl. Ulp. 50 fr. 8 § 1—3 h. t.

10) Vgl. Gai. fr. 65 [63] § 9 ad SC Treb. (36. 1).

11) D. (29. 3), C. (6. 32).

12) Fr. 2, 4, 6, 8 h. t., fr. 1 de transact. (2. 15) cf. Gai. 17 fr. 1 § 1 h. t., fr. 6 de fide instr. (22. 4).

13) Fr. 9 h. t., fr. 5 ad munic. (50. 1) cf. Paul. sent. IV 6 § 2ª.

14) Fr. 1, 3, 7 h. t., fr. 6 de transact. (2. 15) = fr. 1 § 1 h. t.; fr. 7 h. t. ist fälschlich Gai. 7 inscribirt.

15) Fr. 21 de condic. (35. 1), cit. fr. 6 § 4 de a. u. o. h. (29. 2) vgl. Ulp. fragm. XVII, 1.

potestas ac deinde signo publico obsignatum in archiuum redigatur . . . . .[1])

Paul. sent. IV 6 § 2[a]:

Qui aliter aut alibi, quam uti lege praecipitur, testamentum aperuerit recitaueritue, poena sestertiorum quinque milium tenetur.

Da, wie aus der zweitangeführten Stelle hervorgeht, die Vorschriften über die Testamentseröffnung auf lex — die lex Iulia uicesimaria — zurückgehen, so muss dahingestellt bleiben, wie viel an den von Paulus mitgeteilten Rechtssätzen dem Edict zuzuweisen ist: vielleicht nur die Popularklage (?), vielleicht nicht einmal diese[2]).

Wenn, was durchaus ungewiss ist, der missio ex edicto Diui Hadriani im Album gedacht gewesen sein sollte, so würden wir die betreffende Clausel uns im Anschluss an die Vorschriften über die Testamentseröffnung proponirt vorzustellen haben[3]). Eine Spur davon findet sich nicht.

2.

Gai. 17 fr. 1 pr. h. t.

Omnibus quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere uel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se praetor pollicetur. . . .

Ulp. 50 fr. 2 § 6 h. t.:

Diem autem et consulem tabularum non patitur praetor describi uel inspici.

Der Fassung des Edicts sehr nahe scheinen mir Ulpians Worte in fr. 2 § 4 h. t.:

cuius quis quod ad causam testamenti pertinet[4]) inspici describique postulat.

Ob der in c. 3 h. t. erwähnte Calumnieneid des Postulanten auf Edict oder auf Praxis beruhte, steht dahin.

§ 168. SI QUIS OMISSA CAUSA TESTAMENTI AB INTESTATO UEL ALIO MODO POSSIDEAT HEREDITATEM[5]).

Ulp. 50[6]), Paul. 45[7]), Gai. 17[8]), de test. ad ed. pr. urb. lib. 2[9]), Julian. 31[10]).

Ulp. 50 fr. 1 pr. h. t.:

Praetor . . . . eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemue eius possident ad hoc, ut eos cir-

1) Zu den Formen der Testamentseröffnung vgl. das Protokoll in Spangenberg, tab. neg. p. 95 sqq., Savigny, verm. Schr. III S. 122 fgg.

2) Das Recht der Testamentseröffnung wird übrigens in den Edictcommentaren erörtert: Ulp. 50 fr. 4, 6, 8 h. t., fr. 6 de fide instr. (22. 4), Paul. 45 fr. 9 h. t., fr. 5 ad munic. (50. 1), Gai. 17 fr. 1 § 2, fr. 7 h. t.

3) Vgl. die Aufeinanderfolge der Titel (6. 32), (6. 33) im C., u. s. auch Paul. sent. III 5 § 17, c. 3 de edicto D. Hadr. toll. (6. 33).

4) Vgl. Ulp. 50 fr. 2 § 2 h. t., c. 3 h. t. S. auch fr. 3 § 18 ad SC Silan. (29. 5), fr. 1 pr. de tab. exhib. (43. 5).

5) D. (29. 4), C. (6. 39).

6) Fr. 1, 4, 6, 8, 10, 12 h. t., fr. 50 de V. O. (45. 1) cf. fr. 1 § 12 h. t.

7) Fr. 9 h. t.

8) Fr. 13, 15, 17, 19 h. t.

9) Fr. 14, 16, 18 h. t., fr. 55 de R. I. (50. 17).

10) Fr. 22 h. t., fr. 18 de legat. I; fr. 14 de auct. tut. (26. 8)?; cit. fr. 6 pr. h. t.

cumueniant, quibus quid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur.

Der Wortlaut des Edicts lässt sich aus Ulpians Commentar mit ziemlicher Sicherheit reconstruiren:

Si quis omissa causa testamenti[1]) *ab intestato hereditatem partemue eius possidebit*[2]) *doloue malo fecerit, quo minus possideat*[3]), *causa cognita*[4]) *de legatis perinde actionem dabo atque si hereditatem ex testamento adisset*[5]).

Vgl. auch fr. 17 § 3 de test. mil. (29. 1).

Rudorff, E. P. § 172, construirt zu diesem Edict zwei Formeln, die eine in factum concepta berechnet auf den Fall, wo der Beklagte das Vorhandensein der edictalen Klagvoraussetzungen, die andere ficticia berechnet auf den Fall, wo er die Rechtsbeständigkeit des Legats bestreitet. Zu dieser Unterscheidung geben nicht nur die Commentare keinen Grund, sondern sie verbietet sich schon durch die einfache Erwägung, dass der Prätor die Klage nur causa cognita erteilt, das Vorhandensein der edictalen Klagvoraussetzungen also selber constatirt[6]). Nach den Quellen gab es nur eine und zwar ficticische Formel, mit der Fiction „si hereditatem ex testamento adisset"[7]) oder vielleicht „si testamenti causa omissa non fuisset"[8]).

Utilis actio: fr. 4 pr. § 1, fr. 10 pr. h. t.

§ 169. *AD* SENATUS CONSULT*UM* SILANIAN*UM* ET CLAUDIAN*UM*: QUORUM TESTAMENTA NE APERIANTUR[9]).

Ulp. 50[10]), Paul. 46[11]), Gai. 17[12]).

Ulp. 50 fr. 3 § 18 h. t.:

Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo qui occisus esse dicetur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum recitandum describendumque curet[13]), edicto cauetur, priusquam de ea familia quaestio ex senatus consulto habita suppliciumque de noxiis sumptum fuerit.

Ulp. 50 fr. 3 § 29 h. t.:

Non tantum ex testamento sed etiam ab intestato hereditas ad hoc edictum pertinet, ut ne quis adeat bonorumue possessionem petat,

1) Ulp. 50 fr. 1 § 1—8 h. t.

2) Ulp. 50 fr. 1 § 9 h. t., Gai. 17 fr. 13 h. t., Gai. de test. 2 fr. 14 h. t.

3) Ulp. 50 fr. 1 § 10—ult., fr. 4 pr. § 1 h. t. Fr. 4 § 2. 3, fr. 6 pr.—§ 2 h. t. enthalten zusätzliche Erörterungen. Zu dolo malo vgl. Gai. de test. 2 fr. 55 de R. I. (50. 17).

4) Ulp. 50 fr. 6 § 3—7 h. t.

5) Ulp. 50 fr. 6 § 8—ult., fr. 8, 10, 12 h. t. Vgl. Ulp. 50 fr. 1 § 10 h. t., Gai. 2 de test. fr. 18 pr. eod., Gai. 17 fr. 19 eod., Paul. 60 fr. 24 § 1 eod.

6) Auch das „litis contestatae tempus spectari debet" in fr. 6 § 6 h. t. kann dem Zusammenhang nach nur auf das officium praetoris bezogen werden.

7) Fr. 1 § 10, 18 pr., 19, 24 § 1 h. t.

8) Fr. 22 pr. h. t.

9) D. (29. 5), C. (6. 35).

10) Fr. 1, 3, 5, 24 h. t., fr. 3 de quaest. (48. 18), fr. 197 de V. S. (50. 16) cf. fr. 3 § 13 sqq. h. t.

11) Fr. 6, 8 h. t.

12) Fr. 9, 25 h. t.

13) Ulp. 50 fr. 3 § 19—28 h. t.

antequam quaestio de familia habeatur (suppliciumque de noxiis sumptum fuerit, Ulp. 50 fr. 5 § 2 h. t.)[1]).

Gai. 17 fr. 25 § 2 h. t.:

> Ex hoc edicto actio proficiscitur contra eum, qui aduersus edictum praetoris tabulas testamenti aperuisse dicetur, uel si quid aliud fecisse dicetur (nam ut ex supra dictis apparet, plura sunt, propter quae poena edicti constituta est) . palam est autem popularem actionem esse, cuius poena in centum aureos[2]) ex bonis damnati extenditur: et inde partem dimidiam ei, cuius opera conuictus erit, praemii nomine se daturum praetor pollicetur, partem in publicum redacturum.

Die intentio der hier verheissenen Klage war vermutlich, den Worten des Gaius entsprechend, abgestellt auf:

> *S. p. N^m N^m aduersus edictum meum tabulas testamenti Lucii Titii aperuisse* oder *aperiendas curasse* u. s. w.

Die condemnatio aber lautete sicher nicht auf den Kläger, wahrscheinlich auf den populus[3]).

Tit. XXVII.

DE LEGATIS.

Ulp. 51. 52, Paul. 47. 48, Gai. 18, Gai. lib. 1—3 de legatis ad ed. praet., Julian. 32—40.

Rudorff, E. P. § 173—175, lässt auf den Titel de testamentis einen weitern de legatis et fideicommissis folgen, den er in drei Unterabschnitte teilt: de legatis, de fideicommissis, ut in possessionem (bonorum) legatorum uel fideicommissorum seruandorum causa esse liceat. Unter der Rubrik de legatis denkt sich Rudorff, den von ihm gebrachten Citaten nach zu urteilen, die sämmtlichen aus den verschiedenen Legatsformen zuständigen Actionen proponirt, nebstdem die cautio Muciana. Der Rubrik de fideicommissis weist er die utiles actiones ex Trebelliano, die stipulationes emptae et uenditae hereditatis, die stipulationes partis et pro parte, den Antritts- und Restitutionszwang ex Pegasiano zu.

Ich komme zu sehr abweichenden Ergebnissen. Zunächst hat eine Edictsrubrik de fideicommissis überhaupt nicht existirt. Die utiles actiones des Universalfideicommissars waren, wie wir gesehen haben, schon gelegentlich der hereditatis petitio fideicommissaria proponirt[4]). Was aber Rudorff sonst noch unter jene Rubrik setzt, darüber kann das Edict gar nichts ent-

1) Ulp. 50 fr. 3 § 29—ult., fr. 5, fr. 24 h. t., Paul. sent. III 5 § 1.

2) Scr. milia sestertiorum. Paul. sent. III 5 § 12[a] (Krüger, coll. p. 85).

3) So Rudorff, E. P. § 171; vgl. über diese actio überhaupt Bruns, Zschr. f. R. G. III S. 377 fg.

4) S. § 68.

halten haben, aus dem einfachen Grunde, weil die Cognition über die Fideicommisse in classischer Zeit nicht in der Hand des praetor urbanus, sondern in derjenigen der Consuln und des praetor fideicommissarius lag[1]), und die Commentare zum Edict zeigen denn auch in den Fragmenten der oben angeführten Bücher nicht die geringste Spur einer Behandlung der von Rudorff hieher gerechneten Materien. Nur Julian, der sich aber (s. unten) im Gebiet der Vermächtnisse gänzlich vom Edict emancipirt hat, erörtert in einer Art Anhang auch die Fideicommisse. Nicht minder muss mehreres von dem beanstandet werden, was Rudorff unter die Rubrik de legatis setzt. Die rei uindicatio aus dem Vindicationslegat und die actio familiae erciscundae aus dem Präceptionslegat haben in dieser Anwendung gar nichts besonderes; es ist nicht abzusehen, wie dieselben, da sie im Album an anderer Stelle proponirt waren, hier nochmals unter der Rubrik de legatis vorgekommen sein sollten. Die cautio Muciana ihrerseits gehört zu den Privatstipulationen des Civilrechts und hat mit dem Edict nichts zu tun, ist daher auch in den Edictcommentaren nicht behandelt[2]).

M. E. proponirte der Prätor unter dem Titel de legatis Folgendes:

1. Die Formel der actio certi und incerti ex testamento (§ 170).
2. Das Edict über die cautio usufructuaria (§ 171).
3. Das Edict über die cautio legatorum seruandorum causa (§ 172).
4. Das Edict über die missio legatorum seruandorum causa (§ 173).

Unter den Commentatoren scheint sich Ulpian am engsten an den Inhalt des Edicts gehalten zu haben; die aus Ulp. 51. 52 auf uns gekommenen Fragmente lassen sich mit einer einzigen Ausnahme, wo wahrscheinlich die Inscription falsch ist[3]), mit Leichtigkeit unter die obigen Rubriken einreihen. Aus Paul. 47. 48 sind überhaupt nur sehr wenige Stellen erhalten; die aus lib. 47 können oder müssen auf die unter Ziff. 1 und 2 genannten Materien bezogen werden; von den drei Fragmenten aus lib. 48 gehört das eine zu Ziff. 3 oder 4, während die andern keine bestimmte Beziehung zeigen[4]) und daher wohl einem Excurs angehören. Gaius handelt in den erhaltenen Fragmenten seiner beiden Commentare das Legatenrecht überhaupt in einer Reihe der verschiedenartigsten Richtungen ab; ein Anschluss an Edictsinhalt ist nur vereinzelt ersichtlich[5]), und die Ausführlichkeit, mit der sich der Jurist speziell

1) Gai. II 278, Ulp. XXV 12.

2) Wenn auch vielleicht einmal gelegentlich gestreift: Gai. 18 fr. 18 de condic. (35. 1).

3) Es ist das berüchtigte fr. 68 de R. V. (6. 1). Die auffällige Voranstellung der Interdicte am Schlusse der Stelle lässt mich vermuten, dass das Fragment in das Gebiet der Interdicte gehört und dass daher die Inscription Ulp. 51 mit einer andern, vielleicht Ulp. 70, zu vertauschen ist.

4) Fr. 31 de S. P. U. (8. 2) — Damnationslegat einer seruitus urbana —, fr. 72 de legat. I — Legat eines fundus exceptis uineis. Zur actio ex testamento ziehe ich diese Stellen desshalb nicht, weil dieselbe m. E. schon bei Paul. 47 erörtert ist.

5) Vgl. S. 297 n. 5. Die übrigen Fragmente lasse ich hier folgen: Gai. 18 fr. 22 de condic. instit. (28. 7), fr. 66, 68, 70 de legat. I, fr. 2, 4 de pecul. leg. (33. 8), fr. 18 de condic. (35. 1), fr. 73, 77, 79, 81 ad l. Falc. (35. 2), fr. 57 de R. J. (50. 17) vgl. etwa fr. 86 § 1 de legat. I. Gai. de legat. ad ed. praet. lib. 1: fr. 65, 67 de legat. I; eod. lib. 2: fr. 69 de legat. I, fr. 15 de dote praeleg. (33. 4), fr. 5 de adim. uel transfer. leg. (34. 4), fr. 17 de condic. (35. 1), fr. 3 qui et a quib. (40. 9); eod. lib. 3: fr. 73 de legat. I, fr. 8 de usu et usuf. (33. 2), fr. 72, 74, 76, 78, 80 ad l. Falc. (35. 2), fr. 11 de donat. (39. 5), fr. 56 de R. J. (50. 17).

auf die lex Falcidia einlässt, zeigt, dass derselbe sich hier von der Rolle eines blossen Edictcommentators völlig losgesagt hat. Eben dasselbe gilt endlich auch von Julians Digesten: schon die ganz auffallend grosse Zahl von Büchern, die in diesem Werke dem Recht der Vermächtnisse gewidmet sind, lässt ersehen, dass wir hier eine selbständige Abhandlung vor uns haben, in die die Erörterung des Edicts de legatis nur gelegentlich eingeschoben ist[1]).

§ 170. *SI EX TESTAMENTO AGATUR.*

Ulp. 51[2]), Paul. 47[3]), Julian. 33[4]).

Gai. II 204:

> Quod autem ita (i. e. per damnationem) legatum est, post aditam hereditatem . . . . . . non . . . continuo legatario adquiritur, sed nihilo minus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere . . . . .

Gai. II 213:

> sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, ... ita et in sinendi modo legato iuris est: et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est quidquid heredem ex testamento dare facere oportet.

Der Bericht des Gaius in der erstangeführten Stelle erregt den Anschein, als ob aus dem Damnationslegat immer nur eine actio certi erwachsen und als ob diese mit der condictio certi identisch wäre. Beides ist nicht der Fall. Auch ein incertum kann Gegenstand des Damnationslegats sein[5]), und dann kann das Legat, ganz wie das sinendi modo, nur die actio incerti ex testamento erzeugen[6]). Weiter aber war die actio certi ex testamento sehr verschieden von der condictio certi formulirt. Ihre intentio enthielt, wie die der actio incerti, die Worte ex testamento, die Gai. II 204 nur der Kürze halber ausgelassen hat[7]), und, was die condemnatio anlangt, so gehört unsere actio bekanntlich zu den actiones, quae infitiando in duplum crescunt[8]), wodurch

1) Die actio ex testamento anscheinend lib. 33, die andern Edicte lib. 38. Falsch inscribirt sind fr. 8 de usuf. adc. (7. 2) — Julian. 30 statt 35 —, cit. fr. 1 § 14 quando appell. (49. 4) — 40 statt 45 —, endlich wahrscheinlich auch fr. 3 § 3 de lib. leg. (34. 3) — 32 statt 33 —, cf. fr. 7 pr. § 2 eod.

2) Fr. 71 de legat. I, fr. 51 de V. O (45. 1), fr. 30 de solut. (46. 3).

3) Fr. 3 de damno inf. (39. 2), fr. 26 de S. P. R. (8. 3). Da in letzterer Stelle eine seruitus constituenda in Frage steht, so rechtfertigt sich die Deutung auf ein Damnationslegat.

4) Fr. 6, 82, 84 de legat. I, fr. 10 de lib. leg. (34. 3), fr. 17 de O. et A. (44. 7), cit. fr. 75 § 4 de legat. I, fr. 3 § 3. 5, 5 pr., 7 pr. § 2 de lib. leg. (34. 3). Ueber fr. 3 § 3 cit. s. n. 1 a. E.

5) Vgl. Arndts, die Lehre v. d. Vermächtnissen (Forts. von Glück) I S. 21. S. z. B. Paul. sent. III 6 § 10, fr. 49 § 8. 9 de legat. I, fr. 8, 9, 25 de lib. leg. (34. 3), fr. 8 de usuf. ear. rer. (7. 5).

6) S. auch fr. 8 de usuf. ear. rer. (7. 5).

7) Gai. IV 55, Julian. 33 fr. 82 § 1 de legat. I. Vgl. Baron, die Condictionen, S. 132.

8) Gai. IV 9: aduersus infitiantem in duplum agimus . . . . . . legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt. S. ferner Gai. II 282, IV 171, Paul. sent. I 19 § 1, Ulp. 51 fr. 71 § 2. 3 de legat. I, Iauolen. fr. 61 i. f. ad l. Falc. (35. 2). Zu Gai. IV 9 vgl. § 7 I. de obl. quasi ex contr. (3. 27) und Arndts, a. a. O. S. 24. n. 54.

jedenfalls eine von der condictio certi abweichende uns unbekannte Formulirung bedingt war. Erwägt man, dass nach Gai. III 175 der Erbe sich von dem Damnationslegat, wenn dieses auf eine bestimmte Summe wägbarer oder zählbarer (nach Einigen auch: messbarer) Fungibilien ging, durch solutio per aes et libram liberirte, so legt dieser altertümliche Tilgungsmodus den Gedanken an eine fictio legis actionis per manus iniectionem sehr nahe[1]), wobei freilich die Frage der Aestimation bei andern als Geldlegaten Schwierigkeiten macht. Das Beste wird sein, sich der Vermutungen hier ganz zu enthalten.

Die Fassung der actio incerti ex testamento müssen wir uns „unbestimmt" denken: jedenfalls nannte sie den legirten Gegenstand ebenso wenig wie die actio ex stipulatu den stipulirten[2]); vielleicht hatte sie überhaupt keine demonstratio[3]). Litiscrescenz fand hier nicht statt.

§ 171. *UT USUS FRUCTUS NOMINE CAUEATUR.*

Ulp. 51[4]), Paul. 47[5]), Julian. 38[6]).

Ulp. 79 fr. 1 pr. usuf. quemadm. (7. 9):

> Si cuius rei ususfructus legatus sit, aequissimum praetori uisum est de utroque legatarium cauere: et usurum se boni uiri arbitratu[7]) et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit.

Ulp. 79 fr. 5 § 1 eod.:

> Sed si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus causa satisdari iubet praetor: hoc merito, ut de solo usu, non etiam de fructu caueatur.

Die Ausdrucksweise der letztern Stelle lässt erkennen, dass die im Stipulationenteil des Edicts proponirte cautio usufructuaria durch Edict angeordnet war: die in n. 4—6 angeführten Stellen aber zeigen, dass wir dies Edict hier unter die Rubrik de legatis zu setzen haben[8]).

§ 172. UT LEGATORUM SERUANDORUM CAUSA CAUEATUR[9]).

Ulp. 51[10]).

Ulp. 79 fr. 1 pr. h. t.:

> Legatorum nomine satisdari oportere praetor putauit, ut, quibus testator dari fieriue uoluit, his diebus detur uel fiat dolumque malum afuturum stipulentur.

1) So Baron, a. a. O. S. 215 fgg.

2) Arg. fr. 20, 21 pr. de exc. rei iud. (44. 2).

3) So Baron, a. a. O. S. 132.

4) Fr. 64 de usuf. (7. 1), fr. 9 usuf. quemadm. cau. (7. 9).

5) Fr. 66 de usuf. (7. 1), fr. 10 usuf. quemadm. (7. 9), letztere Stelle fälschlich Paul. 40 inscribirt.

6) Fr. 6 pr. ut in poss. leg. (36. 4), cit. fr. 13 pr. § 3 de usuf. (7. 1).

7) Cf. fr. 13 pr. de usuf. (7. 1).

8) A. M. Rudorff, E. P. p. 245 n. 1.

9) D. (36. 3).

10) Fr. 1 pr. ut in poss. legat. (36. 4).

Auch diese im Stipulationenteil des Edicts proponirte Caution war unter der Rubrik de legatis durch Edict angeordnet: dies erhellt aus dem (vgl. S. 296 n. 10) erhaltenen Rest des Ulpianschen Commentars, ist überdies aber auch schon an sich wahrscheinlich.

Die Ausdehnung auf Fideicommisse dürfte auf Jurisprudenz und Praxis beruhen[1]).

§ 173. UT IN POSSESSIONEM LEGATORUM SERUANDORUM CAUSA ESSE LICEAT[2]).

Ulp. 52[3]), Paul. 48[4]), Gai. 18[5]), Julian. 38[6]), Callistr. 3[7]).

Die Betrachtung des Ulpianschen Commentars ergibt für diese Clausel, in der Hauptsache sicher, folgenden Wortlaut:

> *Eum, cui legatorum*[8]) *seruandorum causa* (*ex edicto meo*) *caueri oportebit, si per eum non stabit, quo minus ei eo nomine caueatur*[9]), *legatorum seruandorum causa simul cum herede*[10]) *in possessionem*[11]) *bonorum, quae in causa hereditaria erunt doloue malo heredis*[12]) *esse desierint*[13]), *esse iubebo.*

Auf die Erörterung des obigen Edicts (fr. 1, 3, 5 pr.—§ 15) lässt Ulpian zunächst diejenige der s. g. missio Antoniniana folgen (fr. 5 § 16—25), wobei das Recht der edictalen missio nur gelegentlich vergleichend herangezogen wird (fr. 5 § 22 ict. 23). Hierauf folgen in fr. 5 § 26. 27 Schlussbemerkungen. Bei fr. 5 § 28 aber beginnt ein neuer Abschnitt des Commentars, der eine durch die Jurisprudenz[14]) geschehene analoge Ausdehnung des obigen Edicts zum Gegenstande hat: die Ausdehnung auf Vermächtnisse, die nicht ab herede hinterlassen sind.

Rudorff, E. P. § 175, führt noch eine Reihe von Fragmenten verschiedenen Bezugs als Edictsinhalt an, die aber in Wirklichkeit nur Interpretation enthalten. So sicher fr. 8 h. t. vgl. fr. 5 § 13 h. t. So ferner fr. 14 h. t., wo lediglich die Grundsätze von der missio uentris nomine analog angewendet werden. Zu fr. 5 § 27 h. t. vgl. Ulp. 68 fr. 3 pr. ne uis fiat ei (43. 4). Endlich fr. 12 h. t.

1) Ulp. 79 fr. 14 pr. h. t. Vgl. unten n. 8. Jedenfalls ist die schon dem Ofilius bekannte Caution (fr. 1 § 15 h. t.) weit älter als die Klagbarkeit der Fideicommisse. S. auch § 287.

2) D. (36. 4), C. (6. 54).

3) Fr. 1 § 1—ult., fr. 3, 5 h. t. Fr. 76 de legat. III fälschlich Ulp. 2 statt 52 inscribirt? cf. fr. 3 § 1 h. t., fr. 14 § 1 ut legat. (36. 3).

4) Fr. 17 ut legat. (36. 3).

5) Fr. 11 ut legat. (36. 3), fälschlich Gai. 13 statt 18 inscribirt.

6) Fr. 6 § 1 h. t.

7) Fr. 13 h. t.

8) Uel fideicommissorum? S. oben n. 1. Dass die Fideicommisse in den Commentaren wiederholt neben den Legaten genannt werden, kann auf Jurisprudenz und Praxis beruhen. Man beachte auch, dass das Edict seinem Wortlaut nach nur auf ab herede hinterlassene Vermächtnisse reflectirt: das spricht gar sehr für die Beschränkung auf Legate.

9) Ulp. 52 fr. 1 § 1—ult., fr. 3 h. t. S. besonders fr. 1 § 1 v. „quia uerum est per eum, cui caueri oportebit, non fieri, quo minus caueatur“.

10) Ulp. 52 fr. 5 pr. h. t.

11) Ulp. 52 fr. 5 pr.—§ 4 h. t.

12) Ulp. 52 fr. 5 § 13 h. t.

13) Ulp. 52 fr. 5 § 5—15 h. t. Bonorum: fr. 5 § 6. Quae in causa .... erunt doloue desierint: fr. 5 § 5. 9, fr. 8, 15 h. t., c. 6 h. t.

14) Nicht durch das Edict selbst: vgl. fr. 5 § 29 h. t. v. „non inique“, „aequum esse“, „hoc iure utimur“.

Tit. XXVIII.

§ 174. DE OPERIS NOUI NUNTIATIONE[1]).

Ulp. 52[2]), Paul. 48[3]), Gai. ad ed. urb. tit. de o. n. n.[4]), Julian. 41[5]).

Ulp. 52 fr. 1 pr. h. t.:

Hoc edicto promittitur, ut, siue iure siue iniuria opus fieret, per nuntiationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi ius is qui nuntiasset non haberet[6]).

Ulp. 52 fr. 5 § 11 h. t.:

Si quis riuos uel cloacas uelit reficere uel purgare, operis noui nuntiatio . . prohibetur.

Ulp. 52 fr. 5 § 12 h. t.:

Praeterea generaliter praetor cetera quoque opera excepit, quorum mora periculum aliquod allatura est[7]).

Ulp. 52 fr. 5 § 14 h. t.:

Qui opus nouum nuntiat, iurare debet non calumniae causa opus nouum nuntiare . hoc iusiurandum auctore praetore defertur . . . .

Ulp. 52 fr. 5 § 15 h. t.:

Qui nuntiat, necesse habet demonstrare, in quo loco opus nouum nuntiet[8]).

Ulp. 52 fr. 5 § 17 h. t.:

Si is, cui nuntiatum erit, ex operis noui nuntiatione satisdederit repromiseritue aut per eum non fiet, quo minus boni uiri arbitratu satisdet repromittatue, perinde est ac si operis noui nuntiatio omissa esset[9]).

Ulp. 77[10]) fr. 1 § 6 de stip. praet. (46. 5):

. . . . de eo opere, quod in priuato factum erit, satisdatio est: de eo, quod in publico, ... qui suo nomine cauent, repromittunt, qui alieno, satisdant.

1) D. (39. 1).

2) Fr. 1, 3, 5, 7 h. t.

3) Fr. 4, 8 h. t., fr. 5 de stip. praet. (46. 5).

4) Fr. 9 h. t.

5) Fr. 6, 13 h. t. Vgl. Bülow, Prozesseinr. u. Prozessvorauss., S. 32 n. 5.

6) Die Ordnung des Ulpianschen Commentars hiezu scheint mir folgende. Einleitung: fr. 1 pr. § 1. Nuntiatio: fr. 1 § 2—5. 8 (über § 6. 7. 9. 10 s. unt.). Opus nouum: fr. 1 § 11—14. Quibus ex causis fiat nuntiatio et quae personae nuntient quibusque nuntietur et in quibus locis fiat nuntiatio: fr. 1 § 15—ult., fr. 3, 5 pr.—§ 7. Nunmehr sollte man die in fr. 1 § 15 versprochene Erörterung „quis effectus sit nuntiationis“ erwarten: sie bleibt aus, und ich möchte vermuten, dass fr. 1 § 6. 7. 9. 10, Bemerkungen, die an ihre gegenwärtige Stelle nicht passen, ursprünglich hinter fr. 5 § 7 standen und von den Compilatoren vorausgenommen wurden. Was in fr. 5 § 8—10 folgt, beziehe ich auf die Verheissung der Remission „quatenus prohibendi ius is qui nuntiasset non haberet“ (ius prohibendi hat nicht bloss der Servitutberechtigte, sondern auch — „sed et“ — der Eigentümer als solcher).

7) Ulp. 52 fr. 5 § 12. 13 h. t.

8) Rudorff, E. P. § 176, hält dies nicht für Edictsinhalt. Commentar: Ulp. 52 fr. 5 § 15. 16 h. t.

9) Ulp. 52 fr. 5 § 17—ult., fr. 7 h. t. Vgl. Paul. 48 fr. 8 § 2—4 h. t.

10) So ist statt Ulp. 70 zu lesen.

Das überaus bestrittene Fragment der lex Rubria c. 19 muss an diesem Orte, wo lediglich die Reconstruction des edictum perpetuum in Frage steht, ausser Betracht bleiben[1]).

Tit. XXIX.

§ 175. DE DAMNO INFECTO[2]).

Ulp. 53[3]), Paul. 48[4]), Gai. 19[5]), Gai. ad ed. pr. urb. tit. de damno inf.[6]).
Ulp. 53 fr. 7 pr. h. t.:

Praetor ait: DAMNI INFECTI[7]) SUO NOMINE PROMITTI, ALIENO SATISDARI IUBEBO[8]) EI, QUI IURAUERIT NON CALUMNIAE CAUSA ID SE POSTULARE[9]) EUMUE CUIUS NOMINE AGET PUSTULATURUM FUISSE[10]), IN EAM DIEM, QUAM CAUSA COGNITA STATUERO[11]). SI CONTROUERSIA ERIT, DOMINUS SIT NEC NE QUI CAUEBIT, SUB EXCEPTIONE SATISDARI IUBEBO[12]). DE EO OPERE, QUOD IN FLUMINE PUBLICO RIPAUE EIUS FIET, IN ANNOS DECEM SATISDARI IUBEBO[13]). EUM, CUI ITA NON CAUEBITUR, IN POSSESSIONEM EIUS REI, CUIUS NOMINE, UT CAUEATUR, POSTULABITUR, IRE ET, CUM IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR, ETIAM POSSIDERE IUBEBO[14]). IN EUM, QUI NEQUE CAUERIT NEQUE IN POSSESSIONE ESSE NEQUE POSSIDERE PASSUS ERIT, IUDICIUM DABO, UT TANTUM PRAESTET, QUANTUM PRAESTARE EUM OPORTERET, SI DE EA RE[15]) EX DECRETO MEO EIUSUE, CUIUS DE EA RE IURISDICTIO FUIT QUAE MEA EST[16]), CAUTUM FUISSET[17]). EIUS REI NOMINE, IN CUIUS POSSESSIONEM MISERO, SI AB EO QUI IN POSSESSIONE ERIT, DAMNI INFECTI NOMINE NON SATISDABITUR, EUM, CUI NON SATISDABITUR, SIMUL IN POSSESSIONE ESSE IUBEBO.

Vor dem letzten Satz des hier von Ulpian citirten Edicts muss nach Ulp. 69 fr. 4 § 3 ne uis fiat (43. 4) noch eine weitere Clausel eingeschoben gewesen sein; denn hier heisst es:

1) Ueber die verschiedenen Ansichten s. Burckhard, die O. N. N. (1871) in Forts. von Glücks Erläutg. S. 261 fgg.

2) D. (39. 2).

3) Fr. 7, 9, 11, 13, 15, 17 h. t., fr. 9 de S. P. U. (8. 2).

4) Fr. 10, 12, 14, 16, 18 h. t., fr. 10 de interrog. (11. 1), fr. 166 de R. J. (50. 17).

5) Fr. 20 h. t.

6) Fr. 30 de noxal. act. (9. 4), fr. 8, 19 h. t.

7) Ulp. 53 fr. 7 § 1—ult., fr. 9 pr.—§ 3 h. t.

8) Ulp. 53 fr. 9 § 4—ult., fr. 11, 13 pr.—§ 2 h. t., Paul. 48 fr. 10, 12 h. t. Vgl. auch Ulp. 81 fr. 30 § 1 h. t.

9) Ulp. 53 fr. 13 § 3—12 h. t., Paul. 48 fr. 18 pr. § 2—4 h. t.

10) Ulp. 53 fr. 13 § 13. 14 h. t.

11) Ulp. 53 fr. 13 § 15, fr. 15 pr. § 1 h. t., Paul. 48 fr. 14 h. t.

12) Fr. 22 § 1, 31 § 1 h. t.

13) Ulp. 53 fr. 15 § 2—10 h. t. vgl. Ulp. 68 fr. un. de ripa mun. (43. 15). War über das opus quod in uia publica fiet besonders edicirt (fr. 15 § 6 h. t.)? Das arg. e contrario aus fr. 15 § 9 ist doch wohl nicht ausreichend, diese Annahme zu rechtfertigen.

14) Ulp. 53 fr. 15 § 11—35 h. t. Vgl. Ulp. 20 fr. 7 § 9 comm. diu. (10. 3), Paul. 54 fr. 3 § 23 de a. u. a. p. (41. 2), Paul. 36 fr. 1 pr. de fundo dot. (23. 5).

15) Prob. Einsidl. 10: S. *D.* E. R. Q. *D.* A. = si de ea re qua de agitur.

16) Prob. Einsidl. 74: Q. M. E. = qu*ae* mea est.

17) Ulp. 53 fr. 15 § 36, fr. 17 h. t., Paul. 48 fr. 16, 18 § 13—ult. h. t. Vgl. fr. 4 § 2 ne uis fiat ei (43. 4).

> Sed et ex alia causa hoc iudicium proposuit, si eo tempore, quo in possessionem mitti desiderabat, praetoris adeundi potestas non fuerit.

Dagegen ist es offenbar ein Irrtum, wenn Rudorff, E. P. § 177, auch die Bemerkung in fr. 4 § 4 eod. unter die Rubrik de damno infecto setzt:

> Item subiectum, si ex alia causa in possessionem missus prohibitus esse dicetur, habere in factum actionem.

Wie sollte diese allgemeine Clausel in unser Edict geraten? Sicherlich haben wir es vielmehr in fr. 4 § 4 cit. mit einem Zusatz zu dem bei Ulp. 69 erörterten interdictum ne uis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus est zu tun[1]).

Die Fassung der Formeln aus unserm Edict war, wie schon aus der Fassung des letztern, ebenso aber auch aus den Formeln der lex Rubria c. 20 hervorgeht, ohne allen Zweifel ficticisch „quidquid . . . . . oporteret, si . . . . . cautum fuisset“. Dieselbe im Detail festzustellen, ist, in Ermanglung aller Anhaltspunkte, nicht möglich. Die Formeln der lex Rubria aber, nur mit den entsprechenden Veränderungen, ohne Weiteres in das Edict zu verpflanzen, scheint mir nicht gestattet.

Noxalklage: fr. 17 pr. h. t.

Tit. XXX.

DE AQUA ET AQUAE PLUUIAE ARCENDAE[2]).

Ulp. 53, Paul. 49, Gai. ad ed. pr. urb. tit. de aquae pluuiae arcendae, Julian. 41.

§ 176. DE AQUA.

Ulp. 53[3]), Paul. 49[4]), Julian. 41[5]).

In denselben Büchern der Commentare, die von der actio aquae pluuiae arcendae handeln, finden wir eine Reihe von Stellen, die die seruitus aquae ductus, namentlich ihre Errichtung durch in iure cessio und ihre Geltendmachung erörtern und ihrem Inhalt nach unmöglich dem Commentar zu jener actio angehört haben können. Betrachtet man nun den Digestentitel „de aqua et aquae pluuiae arcendae“, erwägt man, dass die Klagen aus der Wasserleitungsservitut in den Commentaren zu dem Edictsabschnitt Si seruitus uindicetur nicht abgehandelt werden[6]), dass die Wasserservituten auch in der Codexrubrik (3. 34) de seruitutibus et de aqua von den übrigen Servituten ge-

1) Vgl. § 246.

2) D. (39. 3).

3) Fr. 8, 10 h. t., fr. 10 si seru. uind. (8. 5), fr. 165 de R. J. (50. 17). Wahrscheinlich ist auch fr. 163 de R. J. Ulp. 53 (statt 55) zu inscribiren.

4) Fr. 9, 11 pr. h. t., fr. 10 de S. P. R. (8. 3), fr. 167 pr. de R. J. cf. fr. 18 comm. praed. (8. 4).

5) Fr. 14 comm. praed. (8. 4), fr. 4 de aqua cott. (43. 20).

6) Vgl. S. 151.

trennt genannt sind, so scheint mir zweifellos, dass der Prätor sich an dieser Stelle mit der Wasserleitungsservitut ex professo beschäftigte[1]). Und zwar stand das Edict de aqua, wie in der Rubrik, so auch im Album voran: dies ergibt sich aus der Reihenfolge der Erörterungen bei Paul. 49 fr. 11 h. t. und fr. 167 de R. J. (50. 17), wo jeweils im pr. vom aquae ductus und erst dann von der actio aquae pluuiae arcendae die Rede ist. Es gehören hieher aber folgende Stücke.

1.

Antonin. c. 4 de seru. (3. 34):

> Aquam quae in alieno loco oritur sine uoluntate eius, ad quem usus eiusdem aquae pertinet, praetoris edictum non permittit ducere[2]).

2.

Formulae[3]):

> *S. p. A° A° ius esse per fundum illum aquam ducere*[4]), *q. e. r. e., t. p.* et rel.
> *S. p. N° N° ius non esse per fundum illum aquam ducere inuito A° A°, q. e. r. e., t. p.* et rel.

Rudorff, E. P. § 178, hat nicht erkannt, dass hier im Album die Civilklagen de aquae ductu proponirt waren; er setzt vielmehr unter die Rubrik de aqua lediglich eine prätorische actio in factum concepta mit der intentio „*s. p. A^m A^m usum aquae q. d. a. per annos tot non ui non clam non precario possedisse*“. Dafür beruft er sich auf Ulp. 53 fr. 10 pr. si seru. (8. 5). Allein diese Stelle selbst mit ihrem unbestimmten „ut ostendat per annos forte tot usum se . . . . . possedisse“, noch deutlicher aber Scaeuola fr. 26 h. t. zeigen, dass gerade diese utilis actio nicht im Edict proponirt war, sondern auf der Praxis beruhte.

Noch könnte man unter unserer Rubrik die Zwölftafelklage suchen wollen, von der Paul. 16 ad Sab. fr. 5 ne quid in loco publ. (43. 8) meldet:

> Si per publicum locum riuus aquae ductus priuato nocebit, erit actio priuato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino 'arceatur.

Allein die hier erwähnte Klage ist keine andere als die gewöhnliche actio aquae pluuiae arcendae[5]).

§ 177. AQUAE PLUUIAE ARCENDAE.

Ulp. 53[6]), Paul. 49[7]), Gai. ad ed. pr. urb. h. t.[8]).

Die Formel dieser alten Civilklage[9]) lässt sich, wie ich glaube, in der Hauptsache mit Sicherheit reconstruiren.

1) Uebereinstimmend: Burckhard (Forts. von Glück), Serie der Bücher 39. 40, III S. 36 fg.

2) Ulp. 53 fr. 8 h. t., Paul. 49 fr. 9 h. t.

3) Ulp. 53 fr. 10 si seru. (8. 5).

4) Pr. I. de seru. (2. 3): aquae ductus est ius aquae ducendae per fundum alienum. Ulp. fr. 1 pr. i. f. de S. P. R. (8. 3). Ex fundo: § 2 I. de act. (4. 6).

5) Vgl. namentlich Burckhard (Forts. von Glück), Serie der Bücher 39. 40, II S. 84 fg., III S. 52 fgg. Ueber die Lesart arceatur s. daselbst S. 55.

6) Fr. 1, 3, 4, 6 h. t.

7) Fr. 2, 5, 11 § 1—ult., 14 h. t., fr. 77 de V. S. (50. 16) cf. fr. 1 § 7 h. t., fr. 167 § 1 de R. J. (50. 17) cf. fr. 4 pr. h. t.

8) Fr. 13 h. t.

9) Fr. 21 pr. de statu lib. (40. 7), fr. 5 ne quid in loco publ. (43. 8). Legitima actio: fr. 22 § 2 h. t.

Zunächst: die Condemnationsbedingung

S. p. opus factum esse in agro Capenate, quo A^i A^i agro aqua pluuia noceret,

halte ich für geradezu gewiss. Die Worte sind bei Ulpian in fr. 1 und fr. 3 pr.—§ 2 ausführlich commentirt und kehren bei allen Juristen wieder, die sich mit unserer actio beschäftigen[1]). Dabei muss besonders hervorgehoben werden, dass es weder geheissen haben kann:

S. p. in agro N^1 N^1 opus factum esse,

noch auch:

S. p. a N° N° opus factum esse,

zwei Fehler, die Rudorff, E. P. § 178, combinirt[2]). Ersteres nämlich nicht, weil Ulp. 53 in fr. 3 § 3 h. t. sagt:

Aquae pluuiae arcendae non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat, receptum est eoque iure utimur.

Aus dieser Bemerkung geht hervor, dass der Ort, wo das schädliche opus errichtet worden, in der Formel nicht als Eigentum des Beklagten bezeichnet gewesen sein kann, dass die alleinige Haftung des Eigentümers vielmehr auf der Jurisprudenz und Praxis beruhte. Noch viel weniger kann aber die Formel den Beklagten gar als Errichter des opus namhaft gemacht haben: denn bekanntlich geht unsere actio gar nicht gegen den Errichter, sondern gegen den Eigentümer des Grundstücks, wo sich das opus befindet, als solchen, auch wenn ein Anderer dasselbe errichtet hat, und zwar unsere actio in ihrer ursprünglichen Gestalt, nicht etwa als utilis[3]).

Neben obigem Formelteil ist ferner sicher nachweisbar die arbiträre Restitutionsclausel[4]) „si ea res arbitrio tuo non restituetur“, vgl. Pompon. fr. 22 § 1 h. t.:

Non aliter restituisse rem uidetur is qui opus fecit, quam si aquam coerceat.

Ulp. 53 fr. 6 § 6. 7 h. t., Paul. 49 fr. 11 § 1—ult. eod., s. ferner fr. 23 § 2, 24 pr.—§ 2 eod. (arbitrium).

Betrachten wir nun die Formel, so weit wir sie bisher ermittelt haben, im Ganzen:

S. p. opus factum esse in agro Capenate, quo agro A^i A^i aqua pluuia noceret, si ea res arbitrio tuo non restituetur,

und fügen wir die gewöhnliche condemnatio[5])

quanti ea res erit, tantam pecuniam et rel.

1) Vgl. z. B. Paul. 49 fr. 2 § 5, fr. 5, 11 § 1. 2. 4, 14 pr. § 1. 4 h. t., Iauolen. fr. 18 pr. h. t., Pompon. fr. 19, 22 § 2 h. t., Iulian. fr. 25 h. t. Die Worte „si aqua pluuia nocet“ sind als zwölftafelmässig bezeugt in fr. 21 pr. de statu lib. (40. 7). Auf das „si paret factum esse“ mag man die Berücksichtigung der unvordenklichen Verjährung gegründet haben, vgl. Paul. 49 fr. 2 § 8 h. t. Zu „agro“ vgl. Cic. top. c. 10 § 43, fr. 1 § 19. 20 h. t. Zu aqua pluuia: Cic. top. c. 9 § 39.

2) Nur den ersten begeht Burckhard, a. a. O. III S. 557.

3) Ulp. 53 fr. 4 § 2. 3 h. t., Paul. 49 fr. 5, fr. 11 § 2 h. t., Pompon. fr. 22 § 2 h. t.:
si fructuarius opus fecerit, ... erit .... actio legitima cum domino proprietatis: .... utilis in fructuarium .....

4) Fehlt in der Formel Burckhards, a. a. O.

5) Ulp. 53 fr. 6 i. f. h. t.

hinzu, so ist an derselben noch ein zwiefaches auszusetzen. Einmal vermissen wir nicht gern das „aquam arcere", dem die Formel ihren Namen verdankt, zumal es in fr. 1 pr. h. t. heisst:

> Si cui aqua pluuia damnum dabit, actione aquae pluuiae arcendae auertetur aqua.

Zweitens lässt unsere Formel die Passivlegitimation im Dunkeln: wie kommt gerade Nˢ Nˢ dazu, wegen des opus in agro Capenate factum verurteilt werden zu sollen? Dass dieser Punkt, wie die Passivlegitimation bei der rei uindicatio, einfach officio iudicis erledigt worden, etwa im Anschluss an das „si non restituetur"[1]), ist bei einer civilen actio personalis nicht glaublich. Wir werden daher notwendig zur Annahme eines weitern Formelteils gedrängt, und dieser kann kein anderer sein als die ja ohnedem zu vermutende[2]) intentio iuris ciuilis. Aber wie ist diese zu fassen? Burckhard[3]) denkt an die gewöhnliche intentio incerta „quidquid paret ob eam rem Nᵐ Nᵐ A° A° dare facere oportere". Allein unsere actio verlangt ihrem Namen nach eine individuellere intentio; auch spricht entscheidend gegen Burckhard, dass nach fr. 6 § 1 h. t., wenn unsere actio von Einem oder gegen Einen unter mehrern Miteigentümern erhoben werden soll, eine Teilung der Haftung auf dem Wege des in partem experiri, bezw. conueniri stattfinden soll: dieser Weg war bei Burckhards intentio weder geboten noch auch nur möglich, da ja die incerta intentio selbst schon zur Teilung der Haftung geführt haben würde. Ich vermute, dass die Formel lautete:

> *S. p. opus factum esse in agro Capenate, quo agro Aⁱ Aⁱ aqua pluuia noceret, q. o. r. Nᵐ Nᵐ*[4]) *eam aquam A° A° arcere oportet, si ea res arbitrio tuo non restituetur,* et rel.

Die eingeschobene intentio ist bei Ulp. 53 genau an dem Orte, wohin ich sie setze, commentirt[5]); sie erklärt den Namen der actio, wie auch, dass eine Teilung der Haftung hier nur im Wege des in partem experiri, d. h. einer Teilung der condemnatio möglich ist[6]), — denn das aquam arcere selbst ist unteilbar; sie lässt endlich mit ihrem arcere oportere dem officium iudicis den

1) Dafür möchte man sich auf fr. 5 h. t. berufen: (teneri) dominum . . . ., quia is solus restituere opus potest. Allein diese Stelle will nur einfach den Rechtssatz, dass der dominus allein hafte, als einen innerlich notwendigen erweisen.

2) A. M. Bekker, Aktionen I S. 64.

3) a. a. O.

4) Keine Bezeichnung als Eigentümer: dass Nˢ Nˢ nur haftet, wenn er Eigentümer ist, steht ausserhalb der Formel kraft Rechtens fest. Bei der formula interrogatoria — Paul. 18 fr. 7 h. t., vgl. Demelius, die confessio S. 336 — steht statt „Nᵐ Nᵐ": domiminum illius agri.

5) Nämlich in fr. 3 § 3. 4, fr. 4, 6 pr.—§ 5 h. t., d. h. zwischen dem S. p. opus factum esse etc. (bis fr. 3 § 2) und der Restitutionsclausel (fr. 6 § 6. 7). Im Einzelnen handelt der Commentar zur intentio von der Passiv- und Activlegitimation — fr. 3 § 3. 4, fr. 4, fr. 6 pr. — § 4 —, im Anschluss an das *Nᵐ Nᵐ A° A°*, sodann in fr. 6 § 5 von dem „oportet":

> Aquae pluuiae actionem sciendum est non in rem, sed personalem esse.

Ulpian betont dies, weil einerseits die Art und Weise, wie sich die Passivlegitimation bestimmt, die Auffassung als actio in rem nahelegt, andererseits aber die Berichtigung dieser Auffassung von praktischer Wichtigkeit ist, — man denke nur an den Defensionszwang (fr. 7 pr. h. t.) und an die Regelung der Cautionspflicht. Für weitere Besprechung der Stelle ist hier nicht der Ort; vgl. über sie einerseits Burckhard, a. a. O. S. 549 fgg., andererseits Brinz, Pandekten (2. Aufl.) I S. 689 fgg.

6) Fr. 11 § 4 h. t.

durch das materielle Recht der actio geforderten notwendigen Spielraum[1]). Dass das aquam arcere in der Formel vorkam, lässt sich aber sogar noch ganz positiv belegen durch Paul. 49 fr. 2 § 9 h. t.[2]):

> Idem Labeo ait, si uicinus [flumen] torrentem auerterit, ne aqua ad eum perueniat, et hoc modo sit effectum, ut uicino noceatur, agi cum eo aquae pluuiae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare ne influat.

Noxalis: Ulp. 53 fr. 6 § 7 h. t.

Tit. XXXI.

DE LIBERALI CAUSA[3]).

Ulp. 54. 55, Paul. 50. 51, Gai. 20, Gai. ad ed. pr. urb. tit. de liberali causa 1. 2, Julian. 42. 43.

Die Commentare zu diesem Titel beschränken sich nicht durchweg auf den unten nachgewiesenen Inhalt des Albums. Paulus[4]) und Julian[5]) schicken umfangreiche Erörterungen voraus, die von den verschiedenen Arten der Freilassung und damit zusammenhängenden Materien gehandelt zu haben scheinen: Niemand wird die Grundlage dieser Erörterungen in Edictsbestimmungen suchen. Ebenso wenig ist dies zulässig bei den in n.[6])—[8]) angeführten Fragmenten, die sich auf die Wirkung der ordinatio iudicii, des Endurteils und der collusio detecta bei der liberalis causa beziehen. Allerdings führt Rudorff, E. P. § 179, den bekannten Satz

> Ordinata liberali causa liberi loco habetur is qui de statu suo litigat[9]) . . . .

als Inhalt des Edicts auf. Aber aller Wahrscheinlichkeit nach hat sich diese Regel aus der Vorschrift der zwölf Tafeln, dass die Vindicien secundum libertatem erteilt werden sollten, herausentwickelt. Dass das Edict denselben

1) Fr. 4 § 2. 3, fr. 5 h. t. Brinz, a. a. O. S. 690 n. 46 denkt wegen fr. 5 h. t. an ein „restituere, patientiam praestare oportere" in unserer Formel. Allein dass die l. c. angedeutete Unterscheidung auf das officium iudicis zurückgeht, zeigt sich an Ulpians Commentar zur Restitutionsclausel: fr. 6 § 6. 7 h. t.

2) Zur Erläuterung dieser Stelle vgl. Burckhard, a. a. O. S. 227 fgg.

3) D. (40. 12), C. (7. 16).

4) Paul. 50 fr. 12 de manum. (40. 1), fr. 17 de manum. uind. (40. 2), fr. 35 de manum. test. (40. 4), fr. 3 de seru. export. (18. 7), fr. 56 de C. E. (18. 1).

5) Julian. 42 fr. 4, 5 de manum. uind. (40. 2), fr. 17 de manum. test. (40. 4), fr. 47 de fideic. lib. (40. 5), fr. 12 qui test. fac. (28. 1), fr. 97 de legat. I, cit. fr. 34 ad l. Falc. (35. 2). Julian. 43: fr. 13 de statu lib. (40. 7), fr. 23 de condic. (35. 1).

6) Paul. 51 fr. 24 h. t.

7) Gai. ad ed. pr. urb. tit. de lib. causa (lib. 2?) fr. 25 h. t., Gai. eod. lib. 2 fr. 1 de collus. det. (40. 16).

8) Julian. 43 fr. 12 de fideiuss. (46. 1): ich denke bei diesem Fragment an die actio de peculio aus den Handlungen des nachher frei Erklärten, vgl. fr. 11 eod.

9) Fr. 24, 25 pr. § 2 h. t., c. 4 h. t.

oder Consequenzen desselben (etwa hinsichtlich der Gewährung von Actionen für und wider den de statu suo litigans) in irgend einer Form enthielt, ist nirgends überliefert. Wenn aber Gai. fr. 25 § 2 h. t. äussert:

> licet uulgo dicatur post ordinatum liberale iudicium hominem, cuius de statu controuersia est, liberi loco esse . . . .,

so spricht das „uulgo dicatur“ sicher eher gegen als für die Annahme eines hieher gehörigen Edicts, und auch die Art und Weise, wie Paul. fr. 24 h. t. den Satz erörtert, lässt keine edictale Vorlage vermuten. M. E. haben die Juristen die Besprechung des Satzes an das in § 180 behandelte Edict angeknüpft.

§ 178. *SI EX SERUITUTE IN LIBERTATEM PETATUR.*

Ulp. 54[1]), Paul. 50[2]), Gai. ad ed. pr. urb. h. t. (lib. 1)[3]), Iulian. 43[4]).

Der Freiheitsprozess führt zu verschiedenen formularen Gestaltungen, je nachdem die adsertio ex seruitute in libertatem oder umgekehrt ex libertate in seruitutem stattfindet. Nach der herrschenden Meinung gewährt der Prätor in beiden Fällen Präjudicialformeln, und zwar im erstgedachten Fall ein praeiudicium „an Pamphilus liber sit (ex iure Quiritium[5])“, im zweiten ein solches über die Frage, ob Pamphilus Sklave (des Klägers) sei, — in welcher Fassung, darüber sind die Ansichten geteilt[6]).

Was nun zunächst jenes erste praeiudicium betrifft, so haben wir für dasselbe drei Quellenzeugnisse: § 13 I. de act. (4. 6), Theophilus ad h. l., Diocl. et Maxim. c. 21 h. t.

Die Institutionenstelle lautet:

> Praeiudiciales actiones in rem esse uidentur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber uel an libertus sit, uel de partu agnoscendo. ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur, an aliquis liber sit: ceterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt.

Theophilus bestätigt das hier Gesagte und gibt zugleich die intentio „*εἰ φαίνεται μέ ἐλεύθερον εἶναι.*“

C. 21 cit. endlich besagt:

> Eam, quae in possessione libertatis non sine dolo malo reperitur, in seruitutem constitutae simile habere praeiudicium edicto perpetuo „si controuersia erit, utrum ex seruitute in libertatem petatur an ex libertate in seruitutem“ sui conceptione manifeste probatur.

Mit dem hier genannten Präjudicium kann natürlich nur dasjenige *an liber sit* gemeint sein: der dolos erlangte Besitz der Freiheit ändert nach dem

1) Fr. 1, 3, 5, 7 h. t., fr. 12 de quaestion. (48. 18), fr. 7 de iure fisci (49. 14).
2) Fr. 23 h. t.
3) Fr. 2, 4, 6 h. t., fr. 13 ad exhib. (10. 4).
4) Fr. 6 ne quid in loco publ. (43. 8).
5) Cic. pro Caec. c. 33 § 96.
6) Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 335: s. p. Titium seruum Ai Ai esse. Rudorff, E. P. § 179: s. p. illum hominem q. d. a. seruum esse. Offenbar am ansprechendsten Bekker, Aktionen I S. 284 n. 29: s. p. Pamphilum Agerii esse.

angezogenen Edict (s. § 180) nicht die Parteirollen und also auch nicht die dadurch bedingte Fassung der Formel.

Kein Zweifel, dass diese Zeugnisse von erheblicher Bedeutung sind. Gleichwohl halte ich die Frage, ob das agere in libertatem in classischer Zeit wirklich in Präjudicialform stattfand, für eine überaus zweifelhafte, nach Lage der Quellen nicht mit Sicherheit zu entscheidende, eher aber zu verneinende. Denn der Beweiskraft obiger Stellen stehen gewichtige Gegengründe entgegen. Vor Allem die Tatsache, dass bei Gai. IV 44 unter den Beispielen von Präjudicien ein praeiudicium an liber sit nicht figurirt. Bei der ganz überragenden Bedeutung des Freiheitsprozesses gegenüber den von Gaius angeführten Beispielen, halte ich dies Fehlen für so bedeutsam, dass man m. E. nur die Wahl hat zwischen der Annahme, dass zu des Gaius Zeiten der Freiheitsprozess nicht als praeiudicium verhandelt worden sei, und derjenigen eines Abschreiberversehens: der Schriftsteller selbst muss das Freiheitspräjudicium, wenn es existirte, auch citirt haben. Nun fällt aber weiter schwer ins Gewicht, dass in den umfangreichen Excerpten aus classischen Juristen, die in den Digesten von der causa liberalis handeln, auch nicht an einer einzigen Stelle der Freiheitsprozess als praeiudicium bezeichnet wird, während bei den sonstigen Präjudicien diese Eigenschaft nicht leicht unerwähnt bleibt[1]). Proclamare in libertatem, uindicare oder petere in libertatem u. ähnl., das sind die Ausdrücke, die wir hier und zwar auch officiell im Edict selbst (vgl. § 180) finden. Auch darf nicht unbeachtet bleiben, dass der Freiheitsprozess sich in seiner Natur sehr wesentlich von den sichern Präjudicien unterscheidet: bei diesen handelt es sich durchweg um eine blosse Vorfrage, deren Entscheidung (praeiudicium) zwar für die Vermögensverhältnisse der Parteien indirect von grosser Bedeutung sein kann, aber doch nicht selber sofort eine Entscheidung über diese Vermögensverhältnisse ist; dort dagegen steht ein wertvolles Vermögensobject in Frage, das jetzt sofort zu- oder abgesprochen werden soll. Durch diesen Umstand rückt der Freiheitsprozess in die Nähe der actiones in rem, und es ist ja bekannt, dass er in der Legisactionenperiode genau in denselben Formen wie diese letztern verhandelt wurde, in denen der legis actio sacramento in rem[2]). Sollte sich nun später der Freiheitsprozess in seiner formularen Entwicklung völlig von den actiones in rem losgelöst haben[3])? Das agere per sponsionem war für denselben genau ebenso geeignet wie für diese; das Cautionenwesen der actiones in rem musste ohnedies auch auf den Freiheitsprozess Anwendung finden[4]), und für die classische Zeit kann hier wohl schwerlich an eine andere Caution als die stipulatio pro praede litis et uindiciarum gedacht werden. Warum soll nun

1) Cf. fr. 6 si ingenuus (40. 14), fr. 8 § 1 de in ius uoc. (2. 4), fr. 18 pr. de prob. (22. 3), fr. 5 § 18 de agnosc. lib. (25. 3); fr. 3 § 2. 5 eod.; fr. 30 de reb. auct. iud. (42. 5).

2) Gai. IV 14, Cic. pro Caec. c. 33 § 97, Liu. III c. 44 sq.

3) Vgl. auch schon Zimmern, C. P. § 66 n. 7, Puchta, Cursus § 221 n. c.

4) Dass der adsertor in libertatem cautionspflichtig war, ist sowohl aus praktischen Gründen — man denke nur an den Satz, dass der de statu suo litigans ordinato iudicio liberi loco habetur, — als auch nach den Quellen unzweifelhaft, vgl. c. 1 § 1. 2 de adsert. toll. (7. 17), c. 5 § 4, c. 6 § 5 C. Theod. de lib. causa (4. 8). Ein Bild des classischen Rechts gewähren diese Stellen freilich nicht.

der Freiheitsprozess den Sprung vom agere per sponsionem zum Präjudicium gemacht haben und die actio in rem nicht?

Freilich, nach Untergang des Formularprozesses musste auch dieser Fall des agere per sponsionem aufhören und der Freiheitsprozess von selbst in die Präjudicialform hinübergleiten. Wäre es nun gar gewagt, anzunehmen, dass Justinian dieser Veränderung Rechnung trug, indem er die actio praeiudicialis an liber sit in die Institutionen und in c. 21 cit. einschob?

Es kann mir selbstverständlich nicht beifallen, zu behaupten, durch obige Erwägungen sei die Nichtexistenz des praeiudicium de libertate in classischer Zeit schon erwiesen. So viel aber scheint mir sicher: der Punkt ist keineswegs so klar, wie die herrschende Meinung glaubt, und es ist bei dieser Unklarheit auf eine Reconstruction der Formel am besten zu verzichten, die ja übrigens, wenn man in der Hauptsache besser unterrichtet wäre, keine Schwierigkeiten böte.

Was die Commentare anlangt, so behandeln diese unter unserer Rubrik folgende Fragen:

1. Wer wird auch wider den Willen des angeblichen Sklaven als adsertor in libertatem zugelassen[1])?

2. Kann der adsertor in libertatem einen Procurator aufstellen[2])?

3. Welchen Personen wird die proclamatio in libertatem denegirt[3])?

4. Prozessuale und verwandte Fragen[4]).

Soweit ersichtlich, knüpft keine dieser Erörterungen an Bestandteile des Edicts an. Die Juristen berufen sich für ihre Ansichten nicht auf Edictsworte, sondern auf aequitas[5]), Analogie[6]), Kaiserrescripte[7]), und sie drücken sich überhaupt nirgends nach Art eines eigentlichen Commentars aus, ausser bei Besprechung des Rechtssatzes, dass maiores XX annis, die pretii participandi causa sich in die Sklaverei verkaufen liessen, zur proclamatio in libertatem nicht zuzulassen seien (s. n. 3). Allein da gerade dieser Rechtssatz (in seiner jüngsten Gestalt) auf Senatusconsulten beruhte[8]), so wird anzunehmen sein, dass sämmtliche obige Fragen lediglich Nebenfragen sind, die in Anlehnung an die für das agere in libertatem proponirte Formel zur Sprache kamen.

Ob das calumniae iudicium tertiae partis wider den adsertor — Gai. IV 175[9]) — hier oder unter dem Titel de calumniatoribus proponirt war, wissen wir nicht.

Ueber die Zuständigkeit von Recuperatoren s. S. 20.

1) Ulp. 54 fr. 1, 3, 5 h. t., Gai. ad ed. pr. urb. h. t. fr. 2, 4, 6 h. t.

2) Iulian. 43 fr. 6 ne quid in loco publ. (43. 8). Fasse ich die ursprüngliche Beziehung dieser Stelle richtig, so fragt sich, welche Bedeutung bei einem blossen praeiudicium, wofern der Freiheitsprozess ein solches war, die Aufstellung eines procurator adsertoris hätte haben sollen.

3) Ulp. 54 fr. 7 pr.—§ 4 h. t., Paul. 50 fr. 23 pr. § 1 h. t.

4) Ulp. 54 fr. 12 de quaestion. (48. 18), fr. 7 de iure fisci (49. 14), fr. 7 § ult. h. t. (letztere Stelle nimmt den Inhalt des Edicts des § 180 voraus). Paul. 50 fr. 23 § ult. h. t., Gai. ad ed. pr. urb. h. t. fr. 13 ad exhib. (10. 4).

5) Fr. 1 pr. h. t.

6) Fr. 6 ne quid in loco publ. (43. 8) s. n. 2.

7) Fr. 12 de quaest. (48. 18), fr. 7 de iure fisci (49. 14), fr. 23 § ult. h. t.

8) Fr. 3 quib. ad lib. (40. 13).

9) S. auch c. 5 de calumn. (9. 46).

§ 179. *SI EX LIBERTATE IN SERUITUTEM PETATUR.*

Ulp. 55[1]), Paul. 50[2]), Gai. 20[3]), Gai. ad ed. pr. urb. tit. de lib. causa (lib. 2)[4]).

Ich habe es bei der adsertio in libertatem dahingestellt gelassen, ob der Prozess in Präjudicialform stattfand. Bei der petitio in seruitutem hege ich keinen Zweifel, dass die entgegengesetzte Ansicht die richtige ist: die petitio in seruitutem war eine wider den adsertor gerichtete actio in rem, über die wahrscheinlich, wie über jede andere, entweder per formulam petitoriam oder per sponsionem verhandelt werden konnte, jedenfalls aber auch in ersterer Form. Darüber geben m. E. die Quellen vollkommen genügende Aufklärung.

Zunächst, negativ betrachtet, fehlt es an jedem, selbst an einem verdächtigen Zeugniss für die Existenz eines praeiudicium an homo q. d. a. A[1] A[1] sit. Umgekehrt aber haben wir eine Reihe von Zeugnissen, aus denen hervorgeht, dass über die petitio in seruitutem in einer Form, die eine condemnatio des adsertor ermöglichte, also nicht in Präjudicialform verhandelt wurde.

Gaius und Ulpian behandeln in ihren Commentaren, mit Beziehung auf die petitio in seruitutem, die Frage nach der condemnatio fructuum nomine. Vgl. Gai. lib. 2 de lib. causa ed. urb. fr. 4 de operis seru. (7. 7)[5]):

> Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt . et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intellegitur, ita et in operis seruorum.

Ulp. 55 fr. 7 eod.:

> Cum de serui operis artificis agitur, pro modo restituendae sunt ..... Si minor annis quinque uel debilis seruus sit uel quis alius, cuius nulla opera esse apud dominum[6]) potuit, nulla aestimatio fiet. Item uoluptatis uel affectionis aestimatio non habebitur ..... Ceterum deductis necessariis impensis fiet aestimatio.

Damit ist zusammenzuhalten Paul. 50 fr. 75 de V. S.:

> Restituere is uidetur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controuersia ei facta non esset[7]).

Sehen wir in obigen Stellen die deutlichen Spuren des iussus de restituendo, so ist dieser direct bezeugt bei Iulian. fr. 30 h. t., wo gelegentlich einer petitio in seruitutem von einem richterlichen arbitrari auf seruum duci die Rede ist, und Papinian berichtet in fr. 36 h. t.:

1) Fr. 8, 12 § 5 h. t., fr. 6 de operis seru. (7. 7).

2) Fr. 54 de procur. (3. 3), fr. 75 de V. S. (50. 16), fr. 47 de A. R. D. (41. 1).

3) Fr. 26 h. t.

4) Fr. 9 h. t., fr. 30 de bon. lib. (38. 2), fr. 4 de oper. seru. (7. 7), fr. 10 de ui (43. 16).

5) In ähnlichen Zusammenhang gehört auch Gai. eod. fr. 10 de ui (43. 16): der dort behandelte Fall ist der Analogie halber herangezogen, um eine Handhabe für Entscheidung des Falls zu geben, wo der unberechtigte Widerspruch des adsertor die Ursache zum Erlöschen eines Niessbrauchs am Sklaven geworden war.

6) Also der dominus ist der Kläger; es ist kein Rechtsstreit bloss de operis.

7) Hieher wohl auch Paul. 50 fr. 47 de A. R. D. (41. 1): Umfang der Haftung gegenüber einem klagenden Usufructuar.

Dominus, qui optinuit, si uelit seruum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogitur.

Eine Bemerkung, die deutlich zeigt, dass, wofern der Sklave nicht beizubringen war oder wofern nur der Kläger die litis aestimatio der ductio des nicht freiwillig restituirten Sklaven vorzog, das Ende des Prozesses eine condemnatio des adsertor war.

Nach alledem habe ich durchaus keinen Zweifel, dass die Formel der petitio in seruitutem genau die Gestalt der rei uindicatio hatte: die petitio in seruitutem war nur eine Form der letztern. —

Im Uebrigen erörtern die Commentare des Ulpian und Gaius, soweit hieher gehörige Stellen erhalten sind, noch die Frage, welche Personen zur petitio in seruitutem berechtigt seien und wie es bei Mehrheit derart Klagberechtigter zu halten[1]). Die intentio lautete natürlich nach Verschiedenheit der Fälle so oder so von der Normalformel — der für die Klage des Eigentümers — abweichend (vgl. z. B. fr. 8 § 1. 2 h. t.): das Album dürfte nur diese letztere enthalten haben.

Paul. 50 in fr. 54 pr. de procur. (3. 3) zählt eine Reihe von Personen auf, die nicht als idoneus defensor anzusehen seien; wahrscheinlich ist die adsertio in libertatem gegenüber der petitio in seruitutem gemeint[2]). § 1 derselben Stelle gehört einer Erörterung über den Ort, wo diese defensio zu übernehmen, an. Hier wie dort scheinen keine Edictsätze zu Grunde zu liegen.

§ 180. SI CONTROUERSIA ERIT, UTRUM EX SERUITUTE IN LIBERTATEM PETATUR AN EX LIBERTATE IN SERUITUTEM.

Ulp. 55[3]), Gai. ad ed. pr. urb. tit. de lib. causa (lib. 2)[4]), Iulian. 43[5]).

Die obigen Worte sind als edictal in c. 21 h. t. (Diocl. et Max.) überliefert[6]). Den Inhalt des Edicts gibt uns Ulp. 54 fr. 7 § ult. h. t.:

Si quis ex seruitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si uero ex libertate in seruitutem petatur, is partes actoris sustinet qui seruum suum dicit[7]) . igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in seruitutem aut contra agatur . et si forte apparuerit eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse[8]), is qui se dominum dicit actoris partes sustinebit et necesse habebit seruum suum probare: quod si pronuntiatum fuerit eo tempore, quo lis praeparabatur, in

1) Ulp. fr. 8, 12 § 5 h. t., Gai. fr. 9 h. t., s. auch fr. 30 de bon. lib. (38. 2).

2) Vgl. übrigens auch c. 1 § 1 de adsert. toll. (7. 17).

3) Fr. 10, 12 pr.—§ 4 h. t.

4) Fr. 11 h. t.

5) Fr. 20 de prob. (22. 3).

6) Vgl. Thalelaeus in h. l. (Basil. ed. Heimb. IV p. 776): *ταῦτα τὰ ῥήματά εἰσι τοῦ ἐδίκτου, ἔνθα εἶπεν ὁ πραίτωρ, εἰ ἀμφιβολία ἐστί, τί χρὴ γίνεσθαι.*

7) Bis hieher nicht Inhalt des Edicts, sondern Folgerung aus allgemeinen Grundsätzen.

8) Hieher die Eingangs angeführten Commentarfragmente. S. auch c. 15 de prob. (4. 19).

libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat debet se liberum probare.

Die Form dieses vorbereitenden Rechtsstreits[1]) war wohl ohne Zweifel die des Präjudiciums (an Pamphilus in libertate sine dolo malo fuerit). Die Worte „(hoc ante) apud eum, qui de libertate cogniturus est, (disceptatur)" kann Ulpian augenscheinlich nicht so geschrieben haben: sie sind eine Interpolation vom Standpunkte der Zeit, wo der Freiheitsprozess extra ordinem erledigt wurde. Bei Ulpian hiess es wohl: hoc ante *praeiudicio* disceptatur.

In Zusammenhang mit unserm Edict denke ich mir die Edictsbestimmung, von der Ulpian in fr. 39 § 5 de procur. (3. 3) berichtet:

Si status controuersiam cui faciat procurator, siue ex seruitute in libertatem aduersus eum quis litiget siue ipse ex libertate in seruitutem petat, debet cauere ratam rem dominum habiturum . et ita edicto scriptum est, ut ex utroque latere quasi actor habeatur.

§ 181. *SI QUIS EI, CUI BONA FIDE SERUIEBAT, DAMNUM DEDISSE DICETUR.*

Ulp. 55[2]), Gai. ad ed. pr. urb. tit. de lib. causa (lib. 2)[3]).

Ulp. 55 fr. 12 § 6 h. t.:

Si quod damnum mihi dederit, qui ad libertatem proclamat, illo tempore, quo bona fide mihi seruiebat, ... in id mihi condemnabitur.

Die Formel war nach Gai. fr. 13 pr. h. t. in factum concipirt, enthielt aber wahrscheinlich nicht die von Rudorff, E. P. § 181, eingefügten Worte „dolo malo"; denn gegen diese Einfügung spricht sowohl die Ausdrucksweise des Gaius — illud certum est — als auch der von Ulpian in fr. 12 § 6 angeführte Beispielsfall, wo gar kein damnum dolo malo datum vorliegt.

Wegen der Geschworenen vgl. Paul. fr. 41 § 1 h. t. u. oben S. 20 n. 5.

§ 182. *SI QUIS, CUM SE LIBERUM ESSE SCIRET, DOLO MALO PASSUS ERIT SE PRO SERUO UENUM DARI.*

Ulp. 55[4]), Paul. 51[5]).

Ulp. 55 fr. 14 pr. § 1 h. t.:

Rectissime praetor calliditati eorum, qui, cum se liberos scirent, dolo malo[6]) passi sunt se pro seruis uenumdari, occurrit. Dedit enim in eos actionem, quae actio totiens locum habet, quotiens non est in ea causa is qui se uenire passus est, ut ei ad libertatem proclamatio denegetur . . . .

1) Er bildete die regelmässige Vorbereitung des Freiheitsprozesses: c. 14 h. t., c. 5 de ord. cogn. (7. 19), c. 4 ne de statu (7. 21) und sonst oft.

2) Fr. 12 § 6 h. t.

3) Fr. 13 h. t.

4) Fr. 14, 16, 18, 20, 22 h. t.

5) Fr. 15, 17, 19 h. t., fr. 76 de V. S. (50. 16), fr. 164 de R. I. (50. 17). Fr. 164 cit. kann auch zu § 181 gehören.

6) Ulp. 55 fr. 14 § 2, fr. 16 pr. § 1 h. t., Paul. 51 fr. 15 h. t.

Ulp. 55 fr. 18 pr. h. t.:

In tantum ergo tenetur, quantum dedit uel in quantum obligatus est, scilicet in duplum[1]).

Die Klage — actio in factum concepta, fr. 22 pr. h. t., — scheint verheissen gewesen zu sein

ei, qui eum emerit, cum eum liberum esse nesciret[2]).

Rudorff, E. P. § 180, hat in seiner Formelreconstruction dies Erforderniss übersehen.

Tit. XXXII.

DE PUBLICANIS[3]).

Ulp. 55, Paul. 52, Gai. 21, Gai. ad ed. pr. urb. tit. de publicanis.

§ 183. *QUOD PUBLICANUS UI ADEMERIT.*

Ulp. 55[4]), Paul. 52[5]), Gai. 21[6]), Gai. ad ed. pr. urb. h. t.[7]).

Ulp. 55 fr. 1 pr. h. t.:

Praetor ait: QUOD PUBLICANUS[8]) EIUS PUBLICI[9]) NOMINE UI ADEMERIT QUODUE FAMILIA PUBLICANORUM[10]), SI ID RESTITUTUM NON ERIT[11]), IN DUPLUM[12]) AUT, SI POST ANNUM AGETUR, IN SIMPLUM IUDICIUM DABO. ITEM SI DAMNUM INIURIA FURTUMUE FACTUM ESSE DICETUR[13]), IUDICIUM DABO. SI

1) Ulp. 55 fr. 18 § 1, fr. 20 h. t., Paul. 51 fr. 19 h. t. (= fr. 76 de V. S.). Vgl. auch Modestin. fr. 21 pr. h. t.

2) Ulp. 55 fr. 16 § 2—4, fr. 22 pr.—§ 5 h. t., Paul. 51 fr. 17 h. t. Bei Ulp. 55 fr. 22 cit. ist die Formel commentirt.

3) D. (39. 4); zum Titel vgl. Ulp. 55 fr. 1 § 1 h. t.

4) Fr. 1, 3 h. t.

5) Fr. 4 pr. h. t.

6) Fr. 2 h. t.

7) Fr. 5 h. t.

8) Rudorff, E. P. § 182, schiebt ein „sociusue": wie mir scheint, ohne hinreichenden Grund, vgl. die Interpretation in fr. 3 § 1.

9) *Flor.:* publicani. Publici liest Cujaz (opp. V. c. 688) nach den Basiliken (ὀνόματι τοῦ τέλους). Andere m. E. minder gute Conjecturen s. bei Rudorff, E. P. § 182 n. 3, Cohn, z. röm. Vereinsrecht (1873) S. 216 fg.

10) Ulp. 55 fr. 1 § 5 h. t.

11) Gai. ad ed. pr. urb. h. t. fr. 5 pr. h. t.

12) Gai. eod. fr. 5 § 1 h. t.

13) Auffallend ist, dass wir hier die Bestimmung hinsichtlich des furtum anscheinend aus dem Edicte des § 138 (S. 268) einfach wiederholt finden. Cohn, z. röm. Vereinsrecht S. 207 fgg., ist wesentlich durch diesen Umstand veranlasst worden, den ganzen Satz für eine Interpolation zu halten. Mir ist dies desswegen sehr unwahrscheinlich, weil Ulpian in seinem Commentar neben dem Raub mehrmals gerade auf einfaches furtum und damnum Bezug nimmt, was sich aus dem ersten Satz des Edicts, wo nur von gewaltsamer Wegnahme die Rede ist, nicht erklären lässt, vgl. fr. 1 § 2. 3, fr. 3 § 3 h. t. M. E. löst sich das Rätsel wohl am einfachsten durch die Annahme, dass unter dem Titel de furtis ein iudicium sub uno iudice (bei furtum manifestum in quadruplum, bei furtum nec manifestum in duplum) proponirt war, unter dem Titel de publicanis aber ein iudicium recuperatorium in duplum (post annum in simplum).

HI AD QUOS EA RES PERTINEBIT NON EXHIBEBUNTUR[1]), IN DOMINOS SINE NOXAE DEDITIONE IUDICIUM DABO[2]).

Von den Commentaren zu den Formeln ist nichts überliefert. Wahrscheinlich waren zwei Formeln proponirt: si publicanus fecerit und si familia fecerit, letztere mit noxae deditio, und vermutlich waren sie in factum nach den Edictsworten concipirt: *s. p. . . . . ui ademisse idque restitutum non esse*[3]). Aus der Mahnung in fr. 3 § 3 h. t. ist zu ersehen, dass die Musterformel „si familia fecerit" nicht, wie man erwarten möchte, ausdrücklich auf den Fall „si plures admiserint" gestellt gewesen[4]). Sicher falsch ist es, wenn Rudorff, E. P. § 182, eine mit Rücksicht auf den Schluss des Edicts hinzugefügte dritte Formel (sine noxae deditione) so anhebt:

S. p. N^m N^m familiam suam . . . . A° A° non exhibuisse . . . .

Der Sinn der Schlussworte des Edicts ist hier offenbar missverstanden: ob Beklagter exhibirte oder nicht, entschied sich in iure, und letzternfalls wurden nur einfach die Worte aut noxae dedere in der gewöhnlichen Formel gestrichen.

§ 184. *QUOD PUBLICANUS ILLICITE EXEGERIT.*

Paul. lib. 5 sent. fr. 9 § 5 h. t.:

Quod illicite publice priuatimque exactum est, cum altero tanto passis iniuriam exsoluitur.

Modestin. fr. 6 h. t., Seuer. et Anton. c. 2 de caus. ex quib. (2. 11 [12]).

Dass obige poena dupli eine durch das Edict statuirte Privatstrafe war, ist zwar nicht überliefert, gewiss aber wahrscheinlich[5]).

§ 185. *DE UECTIGALIBUS.*

Paul. 52[6]), Gai. 21[7]), Gai. ad ed. pr. urb. tit. de publ.[8]).

Gai. IV 28:

. . . . lege censoria[9]) data est pignoris ca*p*io[10]) publicanis uectigalium publicorum populi Romani aduersus eos, qui aliqua leg*e* uectigalia deberent[11]).

1) So ist die fehlerhafte Lesart des fr. 1 pr. nach fr. 1 § 6 h. t. zu verbessern. Zum Ausdruck vgl. die tab. Atestina (bei Bruns, fontes suppl. ed. Mommsen p. 5) lin. 3. 4.

2) Ulp. 55 fr. 1 § 6, fr. 3 h. t.

3) Gai. fr. 5 pr. h. t.

4) Nicht edictal ist daher die zweite Formel Rudorffs, E. P. § 182. Ohne Zweifel war die Formel auf die „familia" abgestellt in dem Sinn der in fr. 2 § 14 ui bon. rapt. (47. 8) angegebenen Beweiserleichterung.

5) Vgl. auch Cic. in Verr. II³ c. 10 § 26.

6) Fr. 4 § 1. 2 h. t.

7) Fr. 20 de A. E. V. (19. 1).

8) Fr. 19 eod.

9) Auf die Ausdrucksweise der Uebernahmsbedingungen, die bekanntlich die Uebernahme bald als emptio bald als conductio bezeichnen — Fest. s. v. Venditiones, vgl. z. B. lex agraria (C. I. L. I 75 n. 200) lin. 25. 85. 87 — beziehe ich die in n. 7. 8 angeführten Stellen.

10) Vgl. Cic. in Verr. II³ c. 11 § 27: publicanus petitor ac pignerator.

11) Paul. 52 fr. 4 § 1. 2 h. t.

Gai. IV 32:

> . . . in ea forma, quae publicano proponit*ur*, talis fictio est, ut, quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur.

Auf Reconstruction der hier erwähnten Formel ist, da sich nichts weiter über sie ermitteln lässt als was uns Gaius berichtet, zu verzichten. —

Ob mit den § 183—185 belegten Stücken der Inhalt des Titels de publicanis erschöpft ist, lässt sich nicht mit Bestimmtheit sagen. Was aus Cicero über das Mucianische, das Verrinische und sein eigenes Provincialedict zu erfahren steht[1]), gewährt für eine Reconstruction des Hadrianischen Albums keine auch nur annähernd sichere Grundlage. Zweifelhaft bleibt namentlich auch, ob das Edict sich mit dem Confiscationsrecht (de commissis) beschäftigte[2]). Dass der Digestentitel (39. 4) „de publicanis et uectigalibus et commissis" lautet, ist selbstverständlich kein ausreichender Beweis dafür.

Tit. XXXIII.

§ 186. DE PRAEDIATORIBUS.

Ulp. 56[3]), Paul. 53[4]), Gai. 21[5]), Gai. ad ed. pr. urb. tit. de praediatoribus[6]), Iulian. 43 (?)[7]).

Dass das Edict einen Titel de praediatoribus enthielt, ist durch die Inscription des fr. 54 de I. D. (n. 6) sicher gestellt. Welchen Inhalts derselbe war, das muss bei der Geringfügigkeit der erhaltenen Fragmente um so mehr dahin gestellt bleiben, als ja nicht nur das Detail des ius praediatorium, sondern das Wesen des ganzen Instituts schon an sich den Gegenstand bekannter endloser Controversen bildet[8]). Nur so viel wird als wahrscheinlich betrachtet werden dürfen, dass der Prätor iurisdictio „e lege dicta praedibus et praediis uendundis[9])" versprach.

Anscheinend Fragmente des Edicts erläutern folgende Stellen.

1) Vgl. die Zusammenstellung bei Rudorff, E. P. p. 169 sq.

2) Restitution gegen ein stattgehabtes commissum gewährte der Prätor: fr. 9 § 5 de minor. (4. 4). Das committi selbst beruhte auf der lex censoria. Varro de R. R. II 1, 16: ne, si inscriptum pecus pauerint, lege censoria committant. Vgl. Heyrovský, über die rechtl. Grundlage der leges contractus (1881) S. 49.

3) Fr. 40 pr. de V. S. (50. 16), fr. 140 de R. I. (50. 17). Letztere Stelle deute ich auf usureceptio ex praediatura (Gai. II 61), vgl. Paul. 53 fr. 31 ex quib. caus. maior. (4. 6).

4) Paul. 53 fr. 31 ex quib. caus. maior. (4. 6) — usureceptio —, fr. 42 de euict. (21. 2) — Eviction durch den praediator? —, fr. 39 de V. S. (50. 16).

5) Fr. 28 de R. C. (12. 1) — Unzulänglichkeit der subsignirten praedia?

6) Fr. 54 de I. D. (23. 3).

7) Cit. fr. 21 § 1. 2. 3 de euict. (21. 2)?

8) Vgl. die Uebersicht bei Kuntze, Institutionen II (2. Aufl. 1880) S. 506 fgg.

9) Vgl. lex Malacit. c. 65: ita ius dicito, ut ei, qui eos praedes cognitores ea praedia mercati erunt, praedes socii heredesque eorum i*i*que, ad quos ea res pertinebit, de is rebus agere easque res petere persequi recte possint.

Paul. 53 fr. 39 de V. S. (50. 16):

Subsignatum dicitur, quod ab aliquo subscriptum est: nam ueteres subsignationis uerbo pro adscriptione uti solebant[1]. (§ 1) Bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt[2]. (§ 2) Detestari est absenti denuntiare[3]. (§ 3) Incertus possessor[4] est quem ignoramus.

Ulp. 56 fr. 40 pr. eod.:

Detestatio est denuntiatio facta cum testatione (s. n. 3).

Sehr interessant ist schliesslich noch das Fragment, dessen Inscription wir die Kenntniss unseres Titels verdanken, fr. 54 de I. D. (23. 3):

Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse uidentur.

Die Stelle bezieht sich entweder auf einen Fall der publicatio dotis oder, was wahrscheinlicher, wir können aus ihr darauf schliessen, dass der Prädiator die dem praes gegebene dos nicht mit verkaufen durfte[5]. Unter allen Umständen aber lernen wir aus dem Fragment, dass in den Commentaren zum Edictstitel de praediatoribus Untersuchungen darüber anzustellen waren „quanta dos sit", und ich wage auf Grund dessen, natürlich mit allem Vorbehalt, die Vermutung, dass das rätselhafte[6] praeiudicium quanta dos sit bei Gai. IV 44 hieher gehört. —

Ueber den Excurs de possessione et usucapione, zu dem vielleicht das Edict de praediatoribus Anlass gab, — Paul. 54, Gai. 21, Iulian. 44 —, vgl. oben S. 18 fg.

Tit. XXXIV.

DE UI TURBA INCENDIO RUINA NAUFRAGIO RATE NAUE EXPUGNATA.

Ulp. 56, Paul. 54, Gai. 21.

§ 187. *DE HOMINIBUS COACTIS ET UI BONORUM RAPTORUM*[7].

Ulp. 56[8], Paul. 54[9], Gai. 21[10].

Die Digesten lassen Ulp. 56 fr. 2 pr. h. t. berichten:

1) Bezieht sich offenbar auf die subsignatio praediorum.

2) L. Malacit. c. 64: ii omnes et quae cuiusque eorum tum (*fuerunt*) erunt .... quaeque postea esse .... coeperint ....., obligati obligataque sunto. Vgl. Cic. in Verr. II[1] c. 54 § 142: in bonis . . . uendundis; pro Flacco c. 18 § 43: cuius fratris bona, quod populo non soluebat, praetore Flacco publice uenierunt.

3) Vorschrift beim Verkauf der praedia?

4) Praediorum subsignatorum?

5) Vgl. Rivier, Untersuchungen über die cautio praedibus praediisque (1863) S. 126.

6) Vgl. statt Vieler Bekker, die Aktionen I S. 285 n. 36.

7) D. (47. 8), C. (9. 33), I. (4. 2). Zur Rubrik vgl. fr. 195 § 3 de V. S. (50. 16).

8) Fr. 2 h. t., fr. 15 de accus. (48. 2), fr. 40 § 1—3 de V. S. (50. 16).

9) Fr. 3 h. t.

10) Fr. 5 h. t., fr. 41 de V. S. (50. 16).

> Praetor ait: SI CUI DOLO MALO HOMINIBUS COACTIS DAMNI QUID FACTUM ESSE DICETUR SIUE CUIUS BONA RAPTA ESSE DICENTUR, IN EUM, QUI ID FECISSE DICETUR, IUDICIUM DABO. ITEM SI SERUUS FECISSE DICETUR, IN DOMINUM IUDICIUM NOXALE DABO.

Dies Referat ist indess in mehr als einer Beziehung ungenau.

Zunächst ist hinter den Anfangsworten si cui das wichtige Wort ui ausgefallen[1]). Dass dies Wort im Edict stand, ergibt sich schon aus dem Namen der actio ui bonorum raptorum[2]), dessgleichen aus der bei Cicero pro Tullio überlieferten unten näher zu besprechenden Formel, ebenso aber auch aus dem Commentar Ulpians. Gleich der Anfang desselben, fr. 2 § 1 h. t., bezieht sich augenscheinlich auf das Wort:

> Hoc edicto contra ea, quae ui committuntur, consuluit praetor . . . .

Wenn ferner in fr. 2 § 7 versichert wird, dass schon nach den Worten des Edicts (non puto deficere uerba) auch derjenige hafte, welcher solus uim fecerit, so kann das nimmermehr aus dem obigen Edictstext herausgelesen worden sein, auch nicht, wie Savigny[3]) meint, mittels einer „etwas" gewaltsamen Interpretation; wohl aber versteht man die Auslegung Ulpians, wenn man „ui dolo malo hominibus coactis" liest und ihn nun, wie so oft, die asyndetisch neben einanderstehenden Worte alternativ deuten lässt: siue ui siue hominibus coactis[4]). Erst hiedurch fällt auch auf die in fr. 2 § 9 folgende Aeusserung des Juristen volles Licht:

> si quid solus admiserit quis non ui, non contineri hoc edicto, et si quid hominibus coactis, etiamsi sine ui, dummodo dolo sit admissum, ad hoc edictum spectare.

Hat nun das Wort ui im Edict gestanden, so ist es aller Wahrscheinlichkeit nach durch Abschreiberversehen hinter dem gleichlautend endenden cui ausgefallen[5]). Dafür spricht auch der Umstand, dass Ulpian im Commentar zuerst auf dasselbe zu reden kommt[6]).

Eine zweite Auslassung in dem Edict des fr. 2 pr. ist die des Worts armatis. Cicero pro Tullio c. 3 § 7 überliefert uns die intentio

> quantae pecuniae paret dolo malo . . . . ui hominibus armatis coactisue damnum datum esse . . . .

Zu seiner Zeit also enthielt das Edict jedenfalls die doppelte Beziehung auf homines armati und coacti. Nun nehmen allerdings Savigny[7]) und Keller[8]) an, dass das Wort armatis schon im edictum perpetuum gestrichen worden sei. Allein mir scheint[9]) aus fr. 2 § 7 (vgl. auch fr. 2 § 2) deutlich hervorzugehen, dass Ulpian das Edict noch genau so las wie Cicero. Ulpian wirft

1) Uebereinstimmend Huschke in seines Vaters anal. litter. p. 191. A. M. Keller, semestr. p. 563 sq. 599 sq.

2) Vgl. auch c. 4 de nox. act. (3. 41), c. 2—4 h. t., wo überall das ui rapuisse als Klagerforderniss hervortritt.

3) Verm. Schr. III S. 233.

4) So auch Huschke, a. a. O. p. 191. Darüber, dass diese Ulpiansche Interpretation dem wirklichen Sinn des Edicts nicht entspricht, s. unten S. 317.

5) Und zwar wahrscheinlich schon in der Handschrift, die den Compilatoren vorlag. Die Lesart der Flor. wird durch die Basil. bestätigt.

6) Rudorff, E. P. § 185, setzt das Wort hinter dolo malo.

7) a. a. O.

8) Semestr. p. 564 sq.

9) Mit Rudorff, E. P. § 185 n. 7.

hier, wie bereits bemerkt, die Frage auf, ob das Edict auch das allein ausgeführte damnum dare begreife. Darauf erwidert er bejahend:

> hoc enim quod ait „hominibus coactis," ut siue solus uim fecerit siue etiam hominibus coactis, sic accipere debemus etiam hominibus coactis uel armatis uel inermibus hoc edicto teneatur.

Der Satz ist augenscheinlich in der Compilation etwas in Unordnung geraten. Savigny, a. a. O. S. 235, emendirt glücklich nach Heise:

> hoc enim quod ait „hominibus coactis" sic accipere debemus: „etiam hominibus coactis", ut siue solus uim fecerit siue etiam hominibus coactis uel armatis uel inermibus hoc edicto teneatur.

Jedenfalls ist der Sinn klar. Ich frage nun: was kann Ulpian in diesem Zusammenhang, wo auf die Frage der Bewaffnung gar nichts ankam, zur Berührung dieses Punkts veranlasst haben, wenn nicht der Wortlaut des Edicts selber? Und diese Folgerung aus Ulpians Commentar erhält ihre Bestätigung durch Gaius, der in fr. 41 de V. S. (50. 16) gelegentlich unseres Edicts — die Inscription lib. 21 duldet keine andere Beziehung — den Begriff arma erörtert:

> Armorum appellatio non utique scuta et gladios et galeas significat, sed et fustes et lapides.

Freilich wird das Wort armatis schwerlich durch blosses Abschreiberversehen ausgefallen sein. Es dürften vielmehr die Compilatoren gelegentlich der Aufhebung des interdictum de ui armata[1]) beschlossen haben, alle privatrechtlichen Besonderheiten der uis armata zu beseitigen, und darum das Wort armatis sowohl in fr. 2 pr. als in fr. 2 § 7 im Citat gestrichen haben. Sie konnten das um so eher, als bei der Auslegung, die die classische Jurisprudenz dem Edict gab, der Zusatz armatis in der Tat völlig überflüssig war.

Weiter fehlt in dem Edict des fr. 2 pr. die Richtung der actio auf das quadruplum — fr. 2 § 13 h. t. —, muss in dem Originaledict neben dem „si seruus fecisse dicetur" auch der Fall „si familia fecisse dicetur" erwähnt gewesen sein — Ulp. 56 fr. 2 § 14—16. 19 h. t., fr. 40 § 1—3 de V. S. — und ist schliesslich auch noch die Bezeichnung des iudicium als recuperatorium[2]) und die Annalbeschränkung zu ergänzen, — Ulp. 56 fr. 2 § 13, Paul. 54 fr. 3 h. t.

Hienach lautete das ganze Edict:

> SI CUI *UI*[3]) DOLO MALO HOMINIBUS *ARMATIS* COACTIS*UE*[4]) DAMNI QUID FACTUM ESSE DICETUR[5]) SIUE CUIUS BONA RAPTA ESSE DICENTUR[6]), IN EUM QUI ID FECISSE DICETUR[7]), *IN ANNO, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT*[8]), *IN QUADRUPLUM*[9]), *POST ANNUM IN SIMPLUM*[10]) IUDICIUM *RECUPERATORIUM* DABO. ITEM SI SERUUS[11]) *FAMILIAUE*[12]) FECISSE DICETUR, IN DOMINUM IUDICIUM NOXALE[13]) DABO.

1) S. § 245.

2) S. oben S. 21 n. 1.

3) Ulp. 56 fr. 2 § 1 h. t.

4) Ulp. 56 fr. 2 § 2—8 h. t., Gai. 21 fr. 41 de V. S. (50. 16). Coactisue, nicht coactisque: Keller, semestr. p. 564 sq.

5) Ulp. 56 fr. 2 § 9 h. t.

6) Ulp. 56 fr. 2 § 11 h. t.

7) Ulp. 56 fr. 2 § 12 h. t.

8) Ulp. 56 fr. 2 § 13, fr. 4 § 8 h. t., Paul. 54 fr. 3 h. t.

9) Ulp. 56 fr. 2 § 13, 4 § 7 h. t.

10) C. 2—ult. h. t.

11) Ulp. 56 fr. 40 § 1 de V. S. (50. 16).

12) Ulp. 56 fr. 2 § 14. 15 h. t., fr. 40 § 2. 3 de V. S. (50. 16). Vgl. fr. 195 § 3 eod.

13) Ulp. 56 fr. 2 § 16 h. t., Gai. IV 76.

Der Commentar Ulpians zu dem obigen Edict, so deutlich sich auch die angemerkten Beziehungen ergeben, bietet in seiner überlieferten Gestalt mancherlei Schwierigkeiten, — Schwierigkeiten, die zum Teil in der Spitzfindigkeit der Interpretation, zum Teil in Abschreiberversehen, vielleicht auch Glossemen, liegen. Für nicht richtig halte ich die von einem neuern Schriftsteller — Cohn[1]) — ausgesprochene Vermutung, dass hier weitgehende Eingriffe der Justinianischen Compilatoren vorliegen. Cohn glaubt, dieselben hätten in fr. 2 pr. h. t. zwei im Album und ebenso im Ulpianschen Commentar getrennt gewesene Edicte — eines über das damnum hominibus coactis factum, ein zweites über den Raub — in ein einziges zusammengezogen und hienach den Ulpianschen Commentar bearbeitet. Allein solche weitgehende Interpolationen ohne materiellen Zweck finden sich sonst nirgends; die Bearbeitung hätte den Compilatoren einen ganz erheblichen Aufwand an Zeit und Mühe gekostet, ohne dass sie dafür etwas gewonnen hätten, nicht einmal Raum: denn die Interpolationen, wie sie Cohn annimmt, beanspruchen mindestens ebenso viel Platz, wie die gesonderte Anführung eines weitern Edicts erfordert haben würde. M. E. sind die Spitzfindigkeiten des Commentars darauf zurückzuführen, dass Ulpian das Edict gewaltsam interpretirte, die Verballhornungen aber, die der Ulpiansche Text späterhin erlitten zu haben scheint, einfach darauf, dass der Sinn des Commentars eben wegen seiner Spitzfindigkeit Abschreibern und Lesern vielfach dunkel blieb. Die von mir für falsch gehaltene Interpretation ist schon oben berührt worden: sie betrifft den Edictseingang. Das Edict verlangt m. E. folgende Construction:

Si cui ui dolo malo

1) hominibus armatis coactisue damni quid factum esse dicetur siue
2) cuius bona rapta esse dicentur in eum rel.

Das will sagen: das Edict sah folgende zwei Tatbestände vor: 1. gewaltsame dolose Schadenszufügung hominibus armatis coactisue, 2. gewaltsame dolose Güterentreissung (Raub). Ulpian nun, in der Absicht auch die einfache gewaltsame Schadenszufügung dem Edict zu unterwerfen, interpretirte, wie oben[2]) gezeigt, das Edict sinnwidrig ganz anders. Er legte die Worte ui dolo malo hominibus armatis coactisue alternativ aus: siue ui siue dolo malo hominibus armatis coactisue. Dadurch nahm er zunächst den Worten ui dolo malo ihre beherrschende Stellung; sie traten auf gleiche Stufe mit dem folgenden „hominibus armatis coactisue", und er sah sich vor der Alternative, entweder den ganzen Eingang des Edicts nur zum Tatbestand der Schadenszufügung oder auch die Worte hominibus armatis coactisue zum (nunmehr ebenfalls alternativen) Tatbestand des Raubs zu ziehen; wie aus fr. 2 § 2. 12 hervorgeht, beschritt er den letztern Weg. Die Zerreissung der von dem Edictsredactor einheitlich gedachten Tatbestände in je zwei alternative führte dann zu den oft missverstandenen Aeusserungen in fr. 2 § 8 und 9: neben das damnum ui factum setzt er hier ganz folgerichtig das damnum sine ui, aber dolo malo hominibus coactis factum. Dies festgestellt, scheint mir, trotz der in den Text eingedrungenen Versehen, der logische Gang des Commentars

1) Zum röm. Vereinsrecht, S. 187 fgg. 2) S. 315.

noch klar erkennbar und kein Anlass zur Annahme umfassender Interpolationen.

Während ich der Cohn'schen Hypothese zweier verschiedener Edicte entgegentreten muss, so kann ich andererseits die verbreitete Meinung nicht teilen, wonach aus unserm Edict nur eine Klage erwachsen sein soll, die den Namen actio ui bonorum raptorum führte und beide edictale Fälle umfasst habe[1]). Dem entgegen halte ich es für gewiss, dass hier zwei Formeln proponirt waren, die eine für den Fall gewaltsamer Beschädigung — es ist dies die in Ciceros Rede pro Tullio erläuterte Formel —, die zweite die actio ui bonorum raptorum, die, wie schon ihr Name zeigt, ebenso aber die sämmtlichen auf sie bezüglichen Quellenäusserungen bestätigen[2]), ausschliesslich für den Fall des Raubs bestimmt ist.

Der auf erstere Klage gehende Abschnitt des Ulpianschen Commentars ist von den Compilatoren gestrichen worden, da hier der Commentar zum Edict ausreichende Belehrung gab. Das Wesentliche der Formel für den Fall „si familia fecisse dicetur“ ist bei Cic. pro Tullio c. 3 § 7 ict. c. 13 § 31 erhalten:

> Iudicium uestrum est, recuperatores: QUANTAE PECUNIAE PARET DOLO MALO FAMILIAE P. FABII UI HOMINIBUS ARMATIS COACTISUE DAMNUM DATUM ESSE M. TULLIO. eius rei taxationem nos fecimus: aestimatio uestra est . iudicium datum est in quadruplum.

Der Rest der Formel ist hienach leicht zu ergänzen:

> *dumtaxat HS . . . .*[3]), *tantam pecuniam*[4]) *quadruplam aut noxae dedere*[5]), *recuperatores, P. Fabium M. Tullio c. s. n. p. a.*

Einzufügen wäre noch die exceptio annalis, die bei dieser Formel ständig war.

Von der Formel der actio ui bonorum raptorum[6]) handelt Ulpian ausführlich in fr. 2 § 17 sqq. Sie scheint abgestellt gewesen zu sein auf:

> *S. p. dolo malo Nⁱ Nⁱ*[7]) *ui bona rapta*[8]) *esse Aº Aº.*

Das alternative Erforderniss hominibus armatis coactisue, das nach dem Wortlaut des Edicts auf den Satz „siue cuius bona rapta esse dicentur“ nicht bezogen zu werden brauchte und von Andern als Ulpian auch nicht bezogen wurde[9]), hat nach Ulpians Commentar zur Formel und den übrigen Stellen, die sich auf dieselbe beziehen[10]), zweifellos nicht in ihr figurirt[11]).

1) Vgl. Huschke, l. c. p. 187, Keller, l. c. p. 601; Rudorff, E. P. § 185, dagegen nimmt formulae an.

2) S. Ulp. 56 fr. 2 § 17—ult. h. t., tit. C. (9. 33), tit. I. (4. 2), Gai. III 209.

3) Vgl. Hefke, Taxatio (1875) S. 59 fgg., dem aber nicht in allen Stücken beizustimmen ist.

4) Rudorff fügt hinzu: dumtaxat quanti ea res esset, si unus liber fecisset. M. E. ist dies völlig sinnlos. Ulp. 56 fr. 2 § 15 h. t. beweist nicht für, sondern gegen Rudorff.

5) Nicht mit Rudorff: aut eum eosue qui dolo fecisse comperientur noxae dare. Fr. 2 § 16 h. t. enthält blosse Interpretation. Zu Ciceros Zeit scheint übrigens die Klage noch nicht Noxalklage gewesen zu sein. S. Keller, l. c. p. 591 sq., 597 sq.

6) Fr. 2 § 17 h. t.: haec actio uolgo ui bonorum raptorum dicitur.

7) Ulp. 56 fr. 2 § 18—20 h. t., vgl. fr. 81 (80) § 4 de furtis (47. 2).

8) Rapta: Ulp. 56 fr. 2 § 21 h. t., utilis: Paul. sent. V 6 § 5. Bona: fr. 2 § 22 h. t., Gai. III 209. Bona rapta, nicht etwa „ex bonis raptum“: Gai. l. c. Irrig Cohn, z. röm. Vereinsrecht S. 204.

9) Fr. 4 § 6 h. t. Die Worte „uel raptum etiam non coactis hominibus“ sind m. E. zwar ein Glossem, aber ein sachverständiges. Ob sie von Justinian herrühren (so Cohn, a. a. O. S. 195), steht dahin.

10) S. n. 2.

11) So auch Rein, Privatrecht S. 743.

§ 188. DE TURBA[1]).

Ulp. 56[2]).

Ulp. 56 fr. 4 pr. h. t.:

Praetor ait: Cuius dolo malo in turba damni[3]) quid factum esse dicetur[4]), in eum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, in duplum, post annum in simplum iudicium dabo[5]).

In diesem Citat ist hinter damni quid factum ausgefallen: *amissumue quid*[6]).

Von der Formel handelt Ulpian in fr. 4 § 11—14. Sie war in factum concipirt — fr. 4 § 11 h. t. — und wiederholte das Erforderniss „dolo malo N[1] N[1] in turba damnum datum (amissumue quid) esse[7])". Ihr Erfolg war „quanti ea res erit, eius duplum[8])"; ob die condemnatio wörtlich so concipirt war oder ob nicht die Formel in ihrer Fassung der in § 187 besprochenen de damno dato ähnelte, wissen wir nicht[9]).

Noxalklage wurde aus diesem Edict anscheinend nicht erteilt, vgl. Ulp. 56 fr. 4 § 15 h. t.:

In seruum autem et in familiam praetor dat actionem.

Wie man das in seruum iudicium dare verstand, zeigt fr. 7 § 1. 3 de iurisd. (2. 1)[10]): wenn der Herr den Sklaven nicht in solidum defendirte, kam es zu extraordinärem Einschreiten in corpus serui. Wahrscheinlich liegt aber in dieser Alternative schon eine Milderung der eigentlichen Absicht des Edicts und war ursprünglich der Herr zur defensio in solidum verpflichtet.

§ 189. DE INCENDIO RUINA NAUFRAGIO RATE NAUE EXPUGNATA[11]).

Ulp. 56[12]), Paul. 54[13]), Gai. 21[14]).

Ulp. 56 fr. 1 pr. h. t.:

Praetor ait: In eum, qui ex incendio ruina naufragio rate naue expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo[15]) damniue quid in his rebus dedisse dicetur[16]): in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum iudicium dabo. Item in seruum et in familiam iudicium dabo[17]).

Auffallend ist, dass Ulpian hinter fr. 3 § 3, wo er die Worte recepisse dolo malo, und vor fr. 3 § 7, wo er die im Edict folgenden Worte damniue quid dedisse erschöpfend erörtert, folgende Sätze einschiebt (fr. 3 § 4—6):

1) D. (47. 8): Ui bonorum raptorum et de turba. Paul. sent. V 3: de his quae per turbam fiunt.
2) Fr. 4 h. t.
3) *Flor.* damnum. S. aber fr. 4 § 4. 6 ict. fr. 2 pr. h. t.
4) Ulp. 56 fr. 4 § 1—6 h. t.
5) Ulp. 56 fr. 4 § 7. 8 h. t., Paul. sent. V 3 § 1.
6) Ulp. 56 fr. 4 § 9. 10 h. t. Fr. 4 § 9: loquitur autem hoc edictum de damno dato et de amisso . . . .
7) Ulp. 56 fr. 4 § 12—14 h. t.
8) Ulp. 56 fr. 4 § 11 h. t.
9) Rudorff, E. P. § 186, concipirt: Quantae pecuniae paret . . . . esse, quanti ea res est. Das ist selbstverständlich nicht möglich. S. Karlowa, das Rechtsgeschäft S. 152 n. 1.
10) Andere Beispiele s. in fr. 1 pr. de incendio (47. 9), fr. 3 § 11 de sepulchro (47. 12). Vgl. Cuiac. obs. XXI c. 40.
11) D. (47. 9), vgl. Paul. V 3 § 2.
12) Fr. 1, 3 h. t.
13) Fr. 4 h. t.
14) Fr. 2, 5 h. t.
15) Ulp. 56 fr. 1 § 2—ult., fr. 3 pr.—§ 3 h. t.
16) Ulp. 56 fr. 3 § 7 h. t.
17) Vgl. § 188 a. E.

> Non solum autem qui rapuit, sed et qui abstulit uel amouit uel dannum dedit uel recepit, hac actione tenetur. Aliud esse autem rapi aliud amoueri palam est, si quidem amoueri aliquid etiam sine ui possit: rapi autem sine ui non potest. Qui eiecta naue quid rapuit hoc edicto tenetur . „eiecta“ hoc est quod Graeci aiunt ἐξεβράσθη.

Die ganze Stelle trägt das Gepräge der Interpolation an der Stirne. Ulpian kann unmöglich, nachdem er eben das recepisse dolo malo ausführlich abgehandelt hat, fortfahren:

> non solum autem qui rapuit, sed et qui abstulit . . . . uel recepit, hac actione tenetur.

Das Edict darf daher keineswegs hienach ergänzt werden.

Ueber die Formel ist uns nichts überliefert: vermutlich gehörten die in den Commentar zum Edict eingeschobenen fr. 3 § 4—6 ursprünglich dem Commentar zur Formel an.

Tit. XXXV.

DE INIURIIS[1]).

Ulp. 56[2]). 57[3]), Paul. 55[4]), Gai. 22[5]), Iulian. 45[6]).

§ 190. *GENERALE EDICTUM*[7]).

Ulp. 57[8]), Paul. 55[9]).

Coll. leg. Mos. et Rom. II 6 § 1 (Paul. libro sing. [de iniuriis] sub titulo quemadmodum iniuriarum agatur):

> QUI AUTEM INIURIARUM, inquit, AGIT, CERTUM DICAT, QUID INIURIAE FACTUM SIT[10]), ET TAXATIONEM PONAT NON MAIOREM[11]), QUAM QUANTI UADIMONIUM FUERIT.

1) D. (47. 10), C. (9. 35), I. (4. 4).

2) Fr. 1, 3, 5 h. t. Diese Stellen enthalten ausser einleitenden Bemerkungen noch die Lehre von den gesetzlichen (nicht prätorischen) Bestimmungen über die Injurien, insbesondere die Lehre vom iudicium publicum — fr. 5 i. f. h. t., fr. 12 § 4 de accus. (48. 2) — ex lege Cornelia. Der eigentliche Commentar zum Edict de iniuriis beginnt erst mit lib. 57.

3) Fr. 7, 9, 11, 13, 15, 17 h. t., fr. 12 de in ius uoc. (2. 4), fr. 19 quod ui (43. 24) cf. fr. 17 § 10 h. t., fr. 18 de lib. et post. (28. 2) cf. etwa fr. 13 § 1 sqq. h. t., fr. 19 de poenis (48. 19) cf. fr. 17 § 4 h. t., fr. 42 de V. S. (50. 16) cf. Rudorff, E. P. § 189 n. 3. Falsch inscribirt ist fr. 15 h. t.: Ulp. 77 statt 57.

4) Fr. 2, 4, 6, 8, 10, 16, 18 h. t., fr. 4 ad l. Iul. de ui priu. (48. 7). Falsch inscribirt sind fr. 2, 4 — Paul. 50 statt 55 — und 16 h. t. — Paul. 45 statt 55.

5) Fr. 12, 19 h. t., fr. 26 qui test. fac. (28. 1).

6) Fr. 36 h. t.

7) Ulp. 57 fr. 15 § 26 h. t.

8) Ulp. 57 fr. 7, 9, 11, 13, 15 pr. § 1 h. t.

9) Paul. 55 fr. 2, 4, 8, 18 § 2—ult. h. t.

10) Ulp. 57 fr. 7 pr.—§ 5 h. t., coll. II. 6 § 2—4.

11) Vgl. Huschke, Gaius S. 135 fgg. *Cdd.*: minorem.

Gai. III 224:

. . . *permittitur* . . . . . nobis a praetore *ipsis* iniuriam *a*estimare, et iudex uel tanti condemnat, quanti nos aestimauerimus, uel minoris, pro*ut ei* uisum fuerit: se*d* cum atrocem iniuriam[1]) praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat uadimonium, *h*ac ipsa quantitate taxamus formulam . . . . .

Gell. N. A. XX 1 § 13:

. . praetores postea . . . . . . iniuriis . . . aestumandis recuperatores[2]) se daturos edixerunt[3]).

Zu diesem Edict war die Formel proponirt, deren demonstratio in coll. II 6 § 4 erhalten ist:

sicut formula proposita est: QUOD AULI AGERII PUGNO MALA PERCUSSA EST[4]).

Das Citat ist nicht ganz genau. Die edictale demonstratio scheint gelautet zu haben:

QUOD DOLO MALO N[1] N[1] A° A° PUGNO MALA PERCUSSA EST,

wozu Ulp. 57 fr. 11 pr. h. t. und Paul. 55 fr. 4 h. t. Commentar enthalten.

Geht Ulp. 57 fr. 11 pr. auf die demonstratio, so bezieht sich fr. 11 § 1 auf die zugleich als intentio dienende Aestimationsclausel, die nach Ulp. 57 fr. 17 § 2 h. t., Paul. 55 fr. 18 pr. eod., Paul. fr. 34 pr. de O. et A. (44. 7) mit voller Sicherheit reconstruirt werden kann:

quantam pecuniam uobis bonum aequum uidebitur ob eam rem N^m N^m A° A° condemnari.

Den Schluss bildet die condemnatio mit taxatio:

dumtaxat HS . . . ., tantam pecuniam, recuperatores, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

Schiebt man nun noch nach c. 5 h. t. die exceptio annalis ein, so gelangt man zu folgender Formel:

[5]) *Quod dolo malo N^i N^i A° A° pugno malo percussa est, q. d. r. a., quantam pecuniam uobis bonum aequum uidebitur ob eam rem N^m N^m A° A° condemnari, dumtaxat HS . . . ., tantam pecuniam, si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas fuit, recuperatores, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.*

Den Schluss des Ulpianschen Commentars zum generale edictum bilden allgemeine Erörterungen[6]), die zum Teil mit dem Wortlaut der Formel in

1) Ulp. 57 fr. 7 § 7. 8, fr. 9 pr.—§ 3 h. t., Paul. 55 fr. 8 h. t., Paul. sent. V 4 § 10.

2) Vgl. S. 21.

3) Gelegentlich dieses generale edictum mag Ulpian die Tragweite des Injurienbegriffs überhaupt erörtert haben: darin wird die Erklärung der sonst deplacirten Bemerkung in fr. 9 § 4 h. t. liegen.

4) Vgl. Gai. IV 60, Seneca de benef. II 35 § 2, Sueton. Vitell. c. 7. Die älteste Spur dieser Formel scheint mir bei Plaut. Asinar. II 2, 104 v.: pugno malam si tibi percussero, Worte, die ganz wie ein scherzhaftes Citat klingen. Das wäre zugleich die älteste Spur der actio iniuriarum (aestimatoria) überhaupt.

5) Etwas anders Huschke, Gaius S. 140, und Hefke, Taxatio (1879) n. 86. Sehr wunderlich ist bei beiden die hinter die demonstratio eingeschobene intentio „s. p. N^m N^m ea re A° A° iniuriam fecisse". Ob eine absichtliche Ohrfeige eine Injurie sei, das wird doch der römische Geschworene wohl schon vermöge der aequitas huius actionis zu entscheiden in der Lage gewesen sein.

6) Fr. 11 § 2—ult., fr. 13, 15 pr. § 1 h. t.

Verbindung gebracht werden können[1], von Ulpian aber wohl ohne specielle Beziehung an das Generaledict angeschlossen worden sind.

Ueberaus seltsam — dies sei noch bemerkt — sind einige angebliche utiles actiones bei Rudorff, E. P. § 188 n. 9, formulirt: in Wirklichkeit ist in allen daselbst angeführten Fällen die directa actio mit entsprechend gestalteter demonstratio zuständig[2].

§ 191. *DE CONUICIO.*

Ulp. 57[3].

Ulp. 57 fr. 15 § 2 h. t.:

> Ait praetor: QUI ADUERSUS BONOS MORES CONUICIUM[4]) CUI[5]) FECISSE[6]) CUIUSUE OPERA FACTUM ESSE[7]) DICETUR, QUO ADUERSUS BONOS MORES CONUICIUM FIERET: IN EUM IUDICIUM DABO[8]).

Ulp. 57 fr. 15 § 11—13 h. t. bezieht sich, wie aus der wiederholten Erörterung (vgl. n. 4) des Worts conuicium hervorgeht, auf die Formel. Die demonstratio derselben ist nicht unzweifelhaft. Vielleicht war hier nur das Edict umschrieben -- so Rudorff, E. P. § 189, —, wahrscheinlich aber vielmehr ein specieller Fall als Musterfall genannt, worauf sich das „ex his apparet non omne maledictum conuicium esse“ in fr. 15 § 11 bezogen haben wird. Im Uebrigen stimmte die Formel ohne Zweifel mit der vorigen überein.

§ 192. *DE ADTEMPTATA PUDICITIA.*

Ulp. 57[9]), Paul. 55[10]).

§ 1 I. h. t. (vgl. Gai. III 220):

> Iniuria . . . . committitur . ., . . (si) quis matremfamilias aut praetextatum praetextatamue adsectatus fuerit siue cuius pudicitia adtemptata esse dicetur.

Aus Ulpians Commentar (s. n. 9) ergibt sich, dass das Edict genauer folgende Fälle berücksichtigte:

> *si quis matrifamilias*[11]) *aut praetextato*[12]) *praetextataeue comitem*[13]) *abduxisse*[14]) *siue quis eum eamue aduersus bonos mores*[15]) *appellasse adsectatusue*[16]) *esse dicetur.*

Die Worte adtemptata pudicitia, die in Ulpians Commentar mehrfach vor-

1) Namentlich fr. 11 § 3 6 (dolo malo Nⁱ Nⁱ), fr. 15 § 1 h. t. (in letzterer Stelle will die utilis actio nur besagen, dass dem Injuriirten eine dem Tatbestand entsprechende demonstratio zu gewähren sei).

2) Das Gegenteil geht auch nicht aus dem von R. citirten fr. 18 § 2 h. t. hervor, wo das „si uidua esset“ u. s. w. nur besagen will, dass für Bemessung der Condemnationssumme auf die dort fraglichen Verhältnisse nichts ankomme.

3) Fr. 15 § 2 14 h. t.

4) Ulp. 57 fr. 15 § 3 -7 h. t., Paul. sent. V 4 § 19. 21, coll II 5 § 4.

5) Ulp. 57 fr. 15 § 9 h. t.

6) Ulp. 57 fr. 15 § 8 h. t.

7) Ulp. 57 fr. 15 § 10 h. t., Paul. sent. V 4 § 20.

8) Vgl. Vell. Paterc. II 28 § 3.

9) Fr. 15 § 15—24 h. t.

10) Fr. 10 h. t.

11) Ulp. 57 fr. 15 § 15 h. t.

12) Gai. III 220, Ulp. 57 fr. 9 § 4 h. t.

13) Ulp. 57 fr. 15 § 16 h. t.

14) Ulp. 57 fr. 15 § 17. 18, coll. II 5 § 4.

15) Ulp. 57 fr. 15 § 23 h. t.

16) Ulp. 57 fr. 15 § 19—22 h. t.

kommen[1]), scheinen nicht dem Edict, sondern nur der Rubrik angehört zu haben.

Die Formel ist nicht überliefert.

§ 193. *NE QUID INFAMANDI CAUSA FIAT.*

Ulp. 57[2]), Paul. 55[3]), Gai. 22[4]).

Ulp. 57 fr. 15 § 25 h. t.:

> Ait praetor: NE QUID INFAMANDI CAUSA FIAT[5]). SI QUIS ADUERSUS EA FECERIT, PROUT QUAEQUE RES ERIT, ANIMADUERTAM[6]).

Die demonstratio der Formel zu diesem Edict ist uns bei Paulus in coll. II 6 § 5 erhalten:

> Item si dicat infamatum se esse, debet adicere, quemadmodum infamatus sit. Sic enim et formula concepta est: QUOD N^s N^s *FIMUM*[7]) IMMISIT A^o A^o INFAMANDI CAUSA.

§ 194 *DE INIURIIS QUAE SERUIS FIUNT.*

Ulp. 57[8]), Paul. 55[9]).

Ulp. 57 fr. 15 § 34 h. t.:

> Praetor ait: QUI SERUUM ALIENUM[10]) ADUERSUS BONOS MORES[11]) UERBERAUISSE[12]) DEUE EO INIUSSU DOMINI QUAESTIONEM HABUISSE[13]) DICETUR, IN EUM IUDICIUM DABO. ITEM SI QUID ALIUD FACTUM ESSE DICETUR, CAUSA COGNITA IUDICIUM DABO[14]).

Die Formel lässt sich leicht reconstruiren. Die Musterformel war auf den Fall „si quis alienum seruum uerberauerit" gestellt[15]), die intentio die gewöhnliche[16]). Klagte der Herr des Sklaven nicht serui nomine, sondern suo nomine[17]), so wird die demonstratio den Zusatz „A^i A^i infamandi causa" erhalten haben.

§ 195. *DE NOXALI INIURIARUM ACTIONE.*

Ulp. 57[18]), Paul. 55[19]), Iulian. 45[20]).

Ulp. 57 fr. 17 § 4 h. t.:

1) Vgl. fr. 15 § 20—22 h. t., s. auch Paul. 55 fr. 10 h. t.

2) Fr. 15 § 25—33 h. t.

3) Fr. 18 pr. h. t.

4) Fr. 12, 19 h. t.

5) Ulp. 57 fr. 15 § 27 h. t. Beispiele, vielleicht im Anschluss an die Formel, in fr. 15 § 29—33 h. t.

6) Ulp. 57 fr. 15 § 28 h. t. Vgl. hiezu Hefke, Taxatio (1879) S. 57.

7) So lese ich nach Paul. V 4 § 13 statt des sinnlosen illum der codd. Die Conjecturen Blume's (sillum) und Huschke's (sibilum) scheinen mir beide nicht acceptabel.

8) Fr. 15 § 34—ult., fr. 17 pr.—§ 2 h. t.

9) Fr. 16 h. t., fr. 4 § 1 ad l. Iul. de ui priu. (48. 7).

10) Ulp. 57 fr. 15 § 36. 37 h. t.

11) Ulp. 57 fr. 15 § 38. 39 h. t.

12) Ulp. 57 fr. 15 § 40 h. t.

13) Ulp. 57 fr. 15 § 41. 42 h. t., Paul. 55 fr. 4 § 1 ad l. Iul. de ui priu. (48. 7).

14) Ulp. 57 fr. 15 § 43. 44 h. t.

15) Gai. III 222: in hunc casum formula proponitur.

16) Ulp. 57 fr. 17 § 2 h. t. Auch c. 8 h. t. will mit den Worten „actione proposita, qua damni etiam haberi rationem uerbis euidenter exprimitur," nur auf die intentio in bonum aequum concepta hinweisen.

17) Ulp. 57 fr. 15 § 35. 45. 48 h. t.

18) Fr. 17 § 3—9 h. t., fr. 19 de poenis (48. 19).

19) Fr. 18 § 1 h. t.

20) Fr. 36 h. t.

Cum seruus[1]) iniuriam facit . . . . ., iniuriarum noxalis actio datur, sed in arbitrio domini est, an uelit eum uerberandum exhibere, ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est: . . . . aut . . . . . noxae dedendum uel litis aestimationem sufferendam.

Ulp. 57 fr. 17 § 5 h. t.:

Ait praetor: ARBITRATU IUDICIS: utique quasi uiri boni, ut ille modum uerberum imponat.

Die Formel ist nicht überliefert. Unwahrscheinlich ist die Annahme Rudorffs, E. P. § 193, wonach das „arbitratu tuo uerberandum exhibere" neben litis aestimatio und noxae deditio den alternativ bestimmten Gegenstand der condemnatio gebildet hätte. Wie kann der Sklave arbitratu iudicis ausgeprügelt werden, nachdem durch das erlassene Urteil das iudicium seine Endschaft erreicht hat? Offenbar haben wir es hier vielmehr mit einer eigentümlichen actio arbitraria zu tun, die die Condemnation etwa von einem

nisi Ns Ns eum seruum arbitratu tuo uerberandum exhibebit

abhängig machte. Schwierigkeiten bietet die Reconstruction im Uebrigen nicht[2]).

§ 196. *SI EI, QUI IN ALTERIUS POTESTATE ERIT, INIURIA FACTA ESSE DICETUR.*

Ulp. 57[3]).

Ulp. 57 fr. 17 § 10 h. t.:

Ait praetor: SI EI, QUI IN ALTERIUS POTESTATE ERIT, INIURIA FACTA ESSE DICETUR ET NEQUE IS, CUIUS IN POTESTATE EST, PRAESENS ERIT[4]) NEQUE PROCURATOR QUISQUAM EXISTAT, QUI EO NOMINE AGAT[5]): CAUSA COGNITA[6]) IPSI, QUI INIURIAM ACCEPISSE DICETUR[7]), IUDICIUM DABO[8]).

Die Formel ist auch hier nicht überliefert, die Reconstruction Rudorffs aber jedenfalls verfehlt. Diese lautet:

Quod As As, cum in potestate L. Titii esset neque procurator quisquam existeret qui eo nomine ageret, in hoc anno, cum primum experiundi potestas fuit, dolo malo Ni Ni pugno malam percussam esse (*sic!*), quantam pecuniam ob eam rem bonum aequum esset Nm Nm Ao Ao condemnari, si As As in nullius potestate esset, dumtaxat et rel.

All das, was Rudorff in den Zwischensatz „cum . . . . . ageret" einschachtelt, ist sowohl der Natur des Verhältnisses als der Fassung des Edicts nach bei Erteilung der Formel bereits durch prätorische Cognition erledigt und geht die Geschworenen nichts an. Ferner ist die Fiction „si in nullius potestate esset" bei einer actio in bonum aequum concepta überflüssig, ja bedenklich[9]).

1) Quid si filius familias? Cf. Iulian. 45 fr. 36 h. t., eine natürlich interpolirte Stelle, die ursprünglich von der Noxalklage handelte.

2) Exceptio „si non defendendi domini gratia fecit": fr. 17 § 8 h. t.

3) Fr. 17 § 10—ult. h. t., fr. 12 de in ius uoc. (2. 4), fr. 19 quod ui (43. 24).

4) Ulp. 57 fr. 17 § 11—14 h. t.

5) Ulp. 57 fr. 17 § 15. 16 h. t.

6) Ulp. 57 fr. 17 § 17 h. t.

7) Ulp. 57 fr. 17 § 18—22 h. t., s. auch Ulp. 8 fr. 8 pr. de procur. (3. 3).

8) Cf. fr. 9 de O. et A. (44. 7). Ulp. 57 fr. 12 de in ius uoc. (2. 4), fr. 19 quod ui (43. 24).

9) Warum soll der Geschworene das bestehende Potestätsverhältniss ignoriren? Dasselbe konnte für die Aestimation bedeutsam sein, z. B. wenn Jemand den filius familias durch Bezeichnung als Bastard injuriirt hatte.

M. E. erteilte der Prätor, da er alle Vorfragen selbst erledigte, hier einfach die gewöhnlichen Formeln, ohne irgendwie das Potestätsverhältniss, in dem sich Kläger befand, anzudeuten: damit waren die Recuperatoren genügend instruirt.

§ 197. *DE CONTRARIO INIURIARUM IUDICIO.*

Gai. IV 177:

Contrarium iudicium .... aduersus iniuriarum action*em* decimae partis datur ....[1])

Tit. XXXVI.

QUI, NISI SEQUANTUR, DUCANTUR[2]).

Ulp. 58. 59, Paul. 56, Gai. 22, Iulian. 45.

Das umfangreichste unter den aus Ulp. 58 erhaltenen Fragmenten — fr. 4 de re iudic. (42. 1) — beginnt (pr.—§ 2) mit einer Erörterung darüber, gegen wen da, wo ein Cognitor[3]), Tutor, Curator, Actor für die beklagte Partei den Prozess geführt hat, die actio iudicati zu erteilen sei. Ohne Zweifel durch diesen Umstand hat sich Rudorff verleiten lassen, den von der Execution handelnden Edictsabschnitt durch die Rubrik „quibus iudicati actio detur“ (E. P. § 196) einzuleiten, eine Rubrik, unter der er Alles zusammenstellt, was uns die classischen Quellen über die Zuständigkeit der actio iudicati für und wider Herrn oder Vertreter bei den verschiedenen möglichen Vertretungsverhältnissen überliefern.

Das Meiste nun, was Rudorff hier bringt, lässt sich unschwer als dem Edicte fremd nachweisen.

Zunächst den procurator anlangend, so war ein besonderes Edict, das iudicati actio für und wider ihn verhiess, völlig überflüssig, da die condemnatio der Formel auf seinen Namen lautete, die actio iudicati also schon ihrer regulären Fassung nach für und wider ihn zuständig war. Nichts Anderes will auch Fr. Vat. 317 besagen, wo vom Procurator im Gegensatz zum Cognitor hervorgehoben wird:

> interueniente ... procuratore iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino uel in dominum competit.

Regelwidrig war nur die Denegation beim procurator praesentis, dem späterhin noch andere Arten von Procuratoren gleichgestellt wurden[4]). Allein diese Ausnahme beruhte nicht auf dem Edict, sondern auf nachedictaler Jurisprudenz und Praxis, die diesen Procurator nach Art des Cognitor behandelte, vgl. fr. Vat. 331 (*Papinian.*):

1) Vgl. fr. 43 h. t., Paul. sent. V 4 § 11.

2) Vgl. Gai. ad ed. pr. urb. tit. qui neque sequantur neque ducantur fr. 48 de V. S. (50. 16). Der in dieser Inscription angeführte Titel postulirt als Gegensatz den obigen.

3) In der Compilation ist dieser durch den Procurator ersetzt. Vgl. Eisele, Cognitur u. Procuratur (1881) S. 71 fg., auch schon Keller, L. C. und Urteil (1827) S. 327.

4) Eisele, a. a. O. S. 164 fgg.

> Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio.

Was von dem procurator praesentis, gilt ebenso auch von dem Tutor und Curator. Dass die Uebertragung der actio iudicati auf den Mündel auf Jurisprudenz und Kaiserrescripten beruhte, ergibt sich direct aus fr. 2 pr. de adm. et peric. (26. 7) und c. 1 quando ex facto (5. 39)[1]).

Noch viel weniger ist an ein besonderes Edict hinsichtlich des actor municipum zu denken, fr. 4 § 2 de re iud. (42. 1):

> Actor municipum potest rem iudicatam recusare: in municipes enim iudicati actio dabitur.

Das „dabitur" klingt sicherlich nicht nach ausdrücklicher prätorischer Verheissung. So wird denn auch in fr. 6 § 3 quod cuiusc. uniu. (3. 4) die Nichtgewährung der actio iudicati an den actor lediglich auf seine Aehnlichkeit mit dem Cognitor gestützt:

> actor itaque iste *cognitoris*[2]) partibus fungitur et iudicati actio ei ex edicto non datur nisi in rem suam datus sit.

Ex edicto non datur: d. h. nicht etwa, dass sie ihm durch besondere Edictsregel versagt werde, sondern dass sie, obwohl an sich ex edicto zuständig, ihm gleichwohl nicht gewährt werde.

Sonach bleibt als letzter möglicher Inhalt eines Edicts „quibus iudicati actio detur" nur noch der Satz übrig, dass aus Prozessführung eines Cognitor die actio iudicati für und wider den Herrn erteilt werde[3]). Allein ist die Existenz eines solchen Edicts möglich, so ist sie darum noch nicht bewiesen. Die Erteilung der actio iudicati für und wider den Herrn fand auch in diesem Falle nur causa cognita statt: war der cognitor in rem suam bestellt, so wurde sie für und wider ihn selbst erteilt, und ebenso durfte er sie dann nicht ablehnen, wenn er sich liti obtulit[4]). Diese Präjudicialpunkte konnten aber nur durch prätorische Cognition erledigt werden, vgl. fr. Vat. 331[5]):

> Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio.

Bleibt also noch die Möglichkeit eines Edicts des Inhalts: *causa cognita domino et in dominum iudicium dabo*. Aber auch ein solches wird unwahrscheinlich durch die Ausdrucksweise in fr. Vat. 317 i. f. Hier heisst es zuerst:

> cognitore . . . . interueniente, iudicati *actio* domino uel in dominum datur: non alias enim cognito*r* *iudicati* experi*e*tur uel ei actio*ni* subicietur, q*uam* si in rem suam cognitor factus sit.

Und nun wird im Gegensatz dazu hervorgehoben:

> interueniente uero procuratore, iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino uel in dominum competit.

Wenn hier gegensätzlich betont wird, dass das „iudicati actio ipsi et in ipsum competit" auf dem Edict beruhe, deutet dies nicht darauf hin, dass umgekehrt im vorigen Fall das „domino uel in dominum datur" nicht auf das Edict

1) Vgl. auch die Ausdrucksweise in fr. 15 i. f. si quis caut. (2. 11) — „probatum est" — und in fr. 4 § 1 de re iud. (42. 1) — „idcircoque".

2) *Dig.* procuratoris.

3) Fr. Vat. 317.

4) Fr. 4 pr. de re iud. (42. 1).

5) Dazu Eisele, a. a. O. S. 85, wo auch über c. 7 C. Th. de cognit. (2. 12).

zurückzuführen sei[1])? Sind ja doch keineswegs alle Grundsätze der prätorischen Praxis im Edict codificirt; und habe ich es früher[2]) als zweifelhaft bezeichnet, ob für die Prozessführung durch Stellvertreter irgendwo im Edict Musterformeln proponirt gewesen, so kann ich es auch nicht für unmöglich halten, dass die Frage nach der Zuständigkeit der actio iudicati im Edict nicht entschieden war.

Die Existenz einer Edictsrubrik *Quibus (et in quos) iudicati actio detur* ist also überaus problematisch. Gesetzt aber selbst, dass eine solche Rubrik im Edict irgendwo vorhanden gewesen wäre, so fehlt es jedenfalls an allem Beweis, dass sie an dieser Stelle stand. Rudorff ist, wie oben bemerkt, zur Schöpfung seiner Rubrik durch die Untersuchungen Ulpians (lib. 58) in fr. 4 de re iud. (42. 1) veranlasst worden. Er gab diesen Untersuchungen allgemeine Beziehung auf das Executionsrecht und den Urteilsanspruch überhaupt und proponirt demgemäss auch die Formel der actio iudicati fast im Anfang seines Abschnitts de exsecutione (E. P. § 198). Dieses letztere nun ist nachweislich ein Fehlgriff. Die gedachte Formel stand vielmehr erst ganz am Schlusse dieses Abschnitts[3]): Ulpian erörtert sie, wie aus fr. 6 de re iud. (42. 1) unzweifelhaft hervorgeht[4]), ex professo erst im 66ten Buch seines Commentars. Die Untersuchungen in Ulp. 58 fr. 4 eod. gehören daher aller Wahrscheinlichkeit nach keiner allgemeinen Edictsclausel, die den Urteilsanspruch überhaupt ordnete, zu, sondern standen in einem speziellen, erst durch die Compilatoren verdeckten, Zusammenhang, und dieser Zusammenhang ist folgender. Ulp. 58 handelte — vgl. die fgg. §§ — von der Personalexecution, und zwar in erster Linie von derjenigen wider den iudicatus. Nach dem Wortlaut des Edicts, der uns zum Teil erhalten ist (s. § 198), war diese zulässig wider den „condemnatus", der die Judicatssumme innerhalb des tempus legitimum nicht bezahlt hatte. Wie aber, wenn der condemnatus selbst für das Judicat gar nicht haftete, was ja bei Verurteilung eines cognitor, tutor, curator u. s. w. in der Regel der Fall war? Offenbar konnte hier das Edict über die Personalexecution keine Anwendung finden, beziehungsweise es musste in seiner Anwendung auf den dominus übertragen werden, und so erklärt es sich sehr einfach, wie Ulpian dazu kam, schon in lib. 58, in der Einleitung zur Lehre von der Personalexecution, von der Frage, gegen wen die actio iudicati erteilt werde — nur von dieser Frage ist in fr. 4 pr.— § 2 cit. die Rede[5]) —, handeln zu müssen.

§ 198. *DE IUDICATIS.*

Ulp. 58[6]), Paul. 56[7]), Gai. 22[8]), Iulian. 45[9]).

Die Hauptbestimmungen des Executionsrechts der 12 Tafeln wider den iudicatus sind bekanntlich die folgenden (s. Tab. III, fr. 1 sqq.):

1) Vgl. auch Eisele, a. a. O. S. 84 fg.

2) S. 72 unten.

3) Vgl. § 226.

4) Man beachte namentlich die typische Schlussbemerkung über Perpetuität und Vererblichkeit der Klage in fr. 6 § 3 cit.

5) Nicht zugleich auch von der Frage, wer die actio iudicati habe.

6) Fr. 4 de re iud. (42. 1), fr. 4 in ius uocati (2. 6), fr. 17 de donat. (39. 5), fr. 43, 45 de V. S. (50. 16).

7) Fr. 54 de solut. (46. 3), fr. 47 de V. S. (50. 16).

8) Fr. 50 de procur. (3. 3), fr. 4 de lege Fabia (48. 15), fr. 44 de V. S. (50. 16).

9) Fr. 61 de re iud. (42. 1).

. . . . rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. post deinde manus iniectio esto. in ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure uindicit, secum ducito, uincito . . . . Si uolet, suo uiuito. Ni suo uiuit, qui eum uinctum habebit, libras farris endo dies dato . . . .

Diesen Sätzen war die gemilderte Personalexecution der classischen Zeit nachgebildet. Das tempus legitimum der 12 Tafeln besteht fort und wird vom Prätor bestätigt, Gai. III 78:

. . . . . iudicatorum . . . . tempus, quod *eis* parti*m* lege duodecim tabularum partim[1]) edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur[2]).

Bei Nichtzahlung erfolgt in ius uocatio, eventuell gewaltsame Vorführung des Schuldners, hierauf addictio desselben an den Kläger für den bestimmten Geldbetrag, und folgt der Schuldner nicht freiwillig, duci iubere[3]). Der Prätor trug auch Sorge für Unterhalt und Bettung des ductus, indem er wahrscheinlich diesem in erster Linie gestattete auf eigene Kosten zu leben, eventuell aber den Gläubiger bei Vermeiden einer Strafklage verpflichtete, für uictus und stratus zu sorgen. Einer solchen Strafklage nämlich dürfte das utile iudicium nachgebildet gewesen sein, das Licinnius Rufus in fr. 34 de re iud. (42. 1) erwähnt:

Si uictum uel stratum inferri quis iudicato non patiatur, utilis in eum poenalis actio danda est uel, ut quidam putant, iniuriarum cum eo agi poterit.

Von allen diesen Bestimmungen nun finden wir deutliche Spuren in den Eingangs dieses § angeführten Stellen.

Zunächst sehen wir bei Ulp. 58 fr. 4 § 3—6 de re iud. (42. 1) eine Clausel des Edicts erörtert, die dem condemnatus aufgab, innerhalb des tempus legitimum die Judicatssumme zu zahlen. Von dieser Clausel sind uns die Worte

Condemnatus ut pecuniam soluat

in fr. 4 § 3 cit. direct als edictal überliefert[4]). Hievon sind die Worte ut pecuniam soluat in fr. 4 § 3. 4[5]), das Wort condemnatus in fr. 4 § 6 commentirt. Dazwischen aber finden wir in fr. 4 § 5 eine Erörterung über die Berechnung des dem condemnatus geordneten tempus legitimum, so dass sich von selbst der oben behauptete Inhalt der Clausel ergibt. Unmittelbar auf die Erläuterung derselben folgt nun in fr. 4 § 7 eod. eine Definition des Worts soluisse, die, wie übrigens schon das Perfectum zeigt, nicht auf das bereits in fr. 4 § 3. 4 erörterte ut soluat bezogen werden kann:

Soluisse accipere debemus non tantum eum qui soluit, uerum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit[6]).

1) Hinsichtlich der iudicia imperio continentia? Diese Vermutung wird von Huschke in der iurisprudentia anteiustiniana ad Gai. III 78 aufgestellt.

2) Vgl. auch fr. 16 § 1 de compens. (16. 2), fr. 3 pr. de usur. (22. 1).

3) Cic. de orat. II 63 § 255: Quanti addictus? mille nummum. Cic. pro Flacco c. 20 i. f.: cum iudicatum non faceret, addictus . . . . et . . . ductus est. L. Rubria c. 21: tantae pecuniae . . . . duci iubeto. Seneca, de benef. III 8 § 2, Quinctil. instit. V 10 § 60. VII 3 § 26 sq., Plin. epist. III 19 § 7, Gai. III 199, Gell. N. A. XX 1 § 51.

4) Die Echtheit der Fassung wird von Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 633 n. 20, aus sehr ungenügendem Grunde angezweifelt.

5) Hieher ferner: Paul. 56 fr. 54 de solut. (46. 3), fr. 47 de V. S. (50. 16), vgl. Gai. III 173. 174.

6) Hieher Ulp. 58 fr. 17 de don. (39. 5), Gai. 22 fr. 50 de proc. (3. 3).

Halten wir hiemit zusammen, dass nach fr. 4 § 3 cit. Labeo in unserm Edict die Worte vermisste „neque eo nomine satisfaciat[1]“, Worte, die nur in einem Conditionalsatz gedacht werden können, so wird man nicht fehl gehen, wenn man annimmt, dass hinter dem Gebot

CONDEMNATUS UT PECUNIAM SOLUAT (*intra legitimum tempus*)

unter Voranstellung eines

ni soluerit

die Folgen der Nichtbefolgung jenes Gebots geordnet waren. Und wenn der Fortgang der Stelle, der diese Folgen enthielt, in die Compilation nicht aufgenommen worden ist, so ist dies ein deutlicher Hinweis darauf, dass dieselben zu Justinians Zeit nicht mehr praktisch waren, d. h. dass hier eben die Personalexecution geordnet war. Immerhin können wir aus einigen weitern Fragmenten sehr gut erkennen, wovon hier die Rede war. Es kam zuvörderst zur in ius uocatio des condemnatus, der sich dieser, wie jeder Andere, nur durch Stellung eines uindex entziehen konnte: hieher gehört Ulp. 58 fr. 4 in ius uocati (2. 6). In iure schloss sich daran addictio und duci iubere, und hier begegnet uns bei Ulp. 58 fr. 43, 45 de V. S. und Gai. 22 fr. 44 eod. die Erläuterung der auf den Unterhalt des ductus bezüglichen Wörter uictus und stratus, bei Gai. 22 fr. 4 de lege Fabia (48. 15) eine Bemerkung über die Straffolgen der Veräusserung freier Menschen — es ist ohne Zweifel der iudicatus gemeint —, und endlich bei Iulian. 45 fr. 61 de re iud. (42. 1) der in seiner jetzigen Gestalt rätselhafte, in seiner ursprünglichen aber aller Wahrscheinlichkeit nach auf die addictio bezügliche Satz:

> In iudicati actione non prius ratio haberi debet eius, cui prior reus condemnatus fuerit.

Der Gesammtinhalt des Edicts kann hienach gewiss nicht zweifelhaft sein.

§ 199. *DE CONFESSIS ET INDEFENSIS.*

Ulp. 58[2]), Paul. 56[3]), Iulian. 45[4]).

Dem iudicatus ist in Bezug auf die Zulässigkeit der Personalexecution in den zwölf Tafeln der certae pecuniae confessus gleichgestellt, tab. III fr. 1:

> Aeris confessi rebusque iure iudicatis u. s. w.

Dass derselbe Grundsatz auch in classischer Zeit galt, ist bekannt[5]), und dass er im Edict an dieser Stelle ausgesprochen war, dürfen wir daraus schliessen, dass die Commentare sich eben hier mit ihm und mit der confessio überhaupt beschäftigen: Paul. 56 fr. 1 de confess. (42. 2), fr. 142 de R. I. (50. 17), Ulp. 58 fr. 2 de confess. (42. 2).

Wie der confessus wird nun aber weiter auch derjenige behandelt, der sich auf erhobene actio certae creditae pecuniae nicht gehörig defendirt[6]); er

1) ... ait Labeo debuisse hoc quoque adici „neque eo nomine satisfaciat“.

2) Fr. 2 de confessis (42. 2), fr. 3 de cess. bon. (42. 3).

3) Fr. 1 de confessis (42. 2), fr. 5 de cess. bon. (42. 3), fr. 142 de R. I. (50. 17).

4) Fr. 35 de cond. indeb. (12. 6).

5) Fr. 1, 6 pr. § 1 de confess. (42. 2), c. 4 de repud. hered. (6. 31). L. Rubria. c. 21. S. auch Paul. sent. V 26 § 2.

6) L. Rubria c. 21, wozu die lichtvolle Darstellung von Demelius, Confessio (1880) S. 111 fgg. 129 fgg., zu vergleichen.

ist pro iudicato und zwar auch insofern, als ihm nach erfolgtem duci iubere keineswegs mehr noch nachträgliche Uebernahme der defensio, sondern nur Befriedigung des Gläubigers offen steht. Von diesem Satze finden wir freilich in den Commentaren begreiflicher Weise nichts mehr überliefert, wohl aber deutliche Spuren davon, dass sie sich mit demselben beschäftigt haben. Sowohl Ulp. 58 fr. 3 de cess. bon. (42. 3), wie Paul. 56 fr. 5 eod. heben hervor, dass der Schuldner durch cessio bonorum nicht das Recht verliere, nachträglich die Defension zu übernehmen und dadurch die bonorum uenditio zu verhindern: nun war die cessio bonorum das Mittel, wodurch der Schuldner sich dem Antrag auf Personalexecution entziehen konnte: ist es nicht überaus wahrscheinlich, dass jene Aeusserungen gerade mit Bezug auf denjenigen getan sind, dem wegen mangelnder Defension die Duction drohte, — getan sind, um die Vorteile ins Licht zu setzen, welche dem bonis cedirenden Schuldner vor demjenigen, der es zur Duction kommen liess, erwuchsen? Wir finden ferner bei Iulian. 45 fr. 35 de cond. indeb. (12. 6) die Aeusserung:

> Qui ob rem non defensam soluit, quamuis postea defendere paratus est, non repetet quod soluerit.

Allem Anschein nach gehört auch diese Stelle in den Zusammenhang der ductio indefensi: Julian ging hier des Breiteren auf die Frage ein, in welchen Fällen die nachträgliche Bereitschaft zur Defension dem Schuldner nütze, in welchen nicht, und kam so auf die verfallene clausula ob rem non defensam der cautio iudicatum solui zu reden.

§ 200. *DE HIS QUI PRO IUDICATIS HABENTUR.*

Ulp. 59[1]), Iulian. 45[2]).

Das Urteil in der extraordinaria cognitio galt nicht als eigentliches Judicat; aber der Verurteilte war pro iudicato und gegen ihn wurde eine actio proiudicati erteilt[3]). Entsprechend musste auch gegen ihn Personalexecution zugelassen werden. Hierauf deute ich die in n. 1 und 2 angeführten Fragmente, namentlich Ulp. 59 fr. 5 pr. de re iud. (42. 1) und fr. 46 pr. de V. S. (50. 16), die in enger Beziehung zu einander stehen:

> Ait praetor: Cuius de ea re iurisdictio est. melius scripsisset „cuius de ea re notio est“: etenim notionis nomen etiam ad eos pertineret, qui iurisdictionem non habent, sed habent de quauis alia causa notionem. (Fr. 46 pr. cit.) Pronuntiatum et statutum idem potest: promiscue enim et pronuntiasse et statuisse solemus dicere eos, qui ius habent cognoscendi[4]).

1) Fr. 5 de re iud. (42. 1), fr. 46 pr. de V. S. (50. 16).

2) Fr. 41 de minor. (4. 4).

3) Fr. 7 § 13 de pactis (2. 14): si paciscar ne pro iudicati .... agatur. Dazu das schol. 30 bei Heimb. Basil. I p. 572. In fr. 46 pr. de procur. (3. 3) wird dagegen statt pro iudicatum solui zu lesen sein: pro eo iudicatum solui.

4) Vgl. für die sprachgebräuchliche Bezeichnung des Urteils in der extraordinaria cognitio: edict. Claudii de ciuit. Anaun. (Bruns, fontes ed. IV p. 191) lin. 19. 20; pronuntiatio Agrippae (eod. p. 257). Ferner: fr. 40 pr. de minor. (4. 4), fr. 75 de iudic. (5. 1), fr. 26 § 7, 28 § 4 de fid. lib. (40. 5); c. 3, 7, 10, 11 quomodo et quando (7. 43), c. 4 de sent. quae sine certa (7. 46).

Wir haben hier Bestandteile eines Edicts vor uns, welches das in der cognitio erlassene Urteil in seiner Wirkung dem eigentlichen Judicat gleichstellte[1]).

Tit. XXXVII.

§ 201. QUI NEQUE SEQUANTUR NEQUE DUCANTUR[2]).

Ulp. 59[3]), Gai. ad ed. pr. urb. tit. Qui neque sequantur neque ducantur[4]).

Dieser Titel enthielt die Ausnahmsfälle, in denen die Personalexecution (Folgepflicht und Duction) nicht stattfand. Bekannt sind uns deren nur zwei.

1) Qui ex lege Iulia bonis cesserint[5]).

Hievon handelt Ulp. 59 fr. 4 de cess. bon. (42. 3) und sehr wahrscheinlich auch Gai. ad ed. pr. urb. h. t. fr. 48 de V. S.:

> Solutum non intellegimus eum, qui licet uinculis leuatus sit, manibus tamen tenetur: ac ne eum quidem intellegimus solutum, qui in publico sine uinculis seruatur.

Die lex Iulia wird (ähnlich wie ehedem die lex Poetelia[6]) verfügt haben, dass der addictus nach erfolgter cessio bonorum losgelassen werden (solui) solle, und Gaius diese Bestimmung erläutert haben.

2) Wahrscheinlich: anständige Frauen, matresfamilias, ein Begriff, den Ulp. 59 fr. 46 § 1 de V. S. (50. 16) definirt. Für diese Ausnahme spricht Valer. Max. II 1, 5:

> ...... in ius uocanti matronam corpus eius adtingere non permiserunt (scil. antiqui) .....

Vgl. auch Constantin. c. 1 de off. diuers. iud. (1. 48), Nov. 134 c. 9.

Tit. XXXVIII.

QUIBUS EX CAUSIS IN POSSESSIONEM EATUR.

Ulp. 59—61, Paul. 57. 58, Gai. 23, Iulian. 46. 47.

Einleitung zu diesem Abschnitt gibt Ulp. 59 fr. 49 de V. S. (50. 16) — Begriff der bona — und fr. 4 ad l. Iul. de ui publ. (48. 6) — Verbot eigenmächtiger Occupation.

1) Beispiele solcher Urteile enthalten Ulp. 59 fr. 5 § 1 de re iud. (42. 1), Iulian. 45 fr. 41 de minor. (4. 4).

2) Vgl. d. Inscription vor fr. 48 de V. S. (50. 16).

3) Fr. 4 de cess. bon. (42. 3), fr. 46 § 1 de V. S. (50. 16).

4) Fr. 48 de V. S. (50. 16).

5) C. 1 qui bon. ced. poss. (7. 71).

6) Vgl. Varro de L. L. VII 105, Liuius VIII 28 (nexi „soluti").

Beziehung zu vielen Clauseln des Abschnitts hat Prob. V, 24: B. E. E. P. P. V. Q. I.[1]) = bona ex *edicto*[2]) possideri proscribi uenirique iubebo.

Zu einigen der in diesen Titel von mir aufgenommenen Clauseln fehlen in den erhaltenen Commentarfragmenten die Belege. Es wird dies nicht Wunder nehmen, wenn man das durchaus veränderte Executionsrecht der Justinianischen Zeit bedenkt.

Nicht unzweifelhaft ist mir der Fall der von Keller[3]) hieher gerechneten freiwilligen Insolvenzerklärung: si quis sponsoribus creditoribusue suis renuntiauerit se solidum soluere non posse[4]). Ich kann mir nicht vorstellen, welche praktische Bedeutung diese Clausel neben der cessio bonorum gehabt haben sollte. Wer in aller Welt würde wohl den Weg jener mit Infamie verknüpften[5]) renuntiatio eingeschlagen haben, wo es ihm doch freistand, durch cessio bonorum sich seine bürgerliche Ehre zu erhalten[6])? Jene renuntiatio muss eine besondere uns unbekannte Bedeutung besessen haben.

§ 202. *QUI IUDICATUS PROUE IUDICATO ERIT.*

Paul. 57[7])?

Gai. III 78:

> Bona autem ueneunt . . . . . . iudicatorum[8]) post tempus quod *eis* . . . . ad expediendam pecuniam tribuitur.

Pro iudicato galt auch hier der in iure certae pecuniae confessus[9]) und der in extraordinaria cognitio Verurteilte. Dem confessus stand aber wieder der gleich, der sich auf erhobene actio certae pecuniae nicht uti oportet defendirte[10]).

Nicht als iudicatus konnte dagegen derjenige behandelt werden, der auf erhobene actio incerti sei es in iure geständig war sei es die gehörige Defension unterliess[11]). Gleichwohl war auch hier missio in bona als Zwangsmittel sei es zum certum confiteri[12]) sei es zu gehöriger Defension zugelassen[13]), und es ist mir wahrscheinlich, dass dies gleich hier im Eingang des Titels geschah, weil sich hiedurch der Anknüpfungspunkt für die im nächsten § folgende specielle Clausel ergeben würde. Jedenfalls haben die spätern Clauseln *Qui fraudationis causa latitabit* und *Qui absens iudicio defensus non erit* mit diesem Fall nichts zu tun. Denn Unterlassung der defensio ist ohne fraudationis causa latitare und ohne absentia des Schuldners gedenkbar.

1) Der C. Ambros. des Probus hat am Schlusse statt I. die Abkürzung P. P. Hienach vermutet Huschke (Gaius, S. 46) und mit ihm Rudorff (E. P. § 199 n. 8) ein P. P. I. = pro portione iubebo. Die obige Mommsen-Krüger'sche Lesart entspricht dem C. Rom. Chigianus und dem Einsidl., in welch letzterm sich die Noten „P. P. = possideri proscribi" und „V. Q. I. = uenirique iubebo" getrennt finden. Vgl. auch l. Rubria c. 22 g. E. Sachlich ist gegen das ueniri pro portione iubebo indess nichts einzuwenden. Vgl. Gai. II 155.

2) Vgl. Cic. pro Quinctio c. 28 § 86, Venulei. fr. 4 § 3 de hom. lib. exhib. (43. 29).

3) C. P. § 84 I A. n. 1040.

4) L. Iul. munic. lin. 114.

5) Vgl. oben S. 63.

6) Val. Max. VI 9 § 12 beweist keineswegs für die Existenz erwähnter Clausel, sondern nur soviel, dass bei Insolvenz uenditio bonorum eintrat, was ohnedies gewiss ist.

7) Fr. 35 de usur. (22. 1), fr. 18 de nouat. (46. 2).

8) Vgl. Scaeu. fr. 51 de peculio (15. 1), Antonin. c. 4 [3] qui pot. (8. 17).

9) Fr. 1, 6 pr. de confess. (42. 2), Paul. sent. V 5a § 2.

10) L. Rubria c. 21.

11) Vgl. Ulp. fr. 6 pr. cit.

12) Ulp. fr. 6 § 1 cit.

13) L. Rubria c. 22. Dazu Demelius, die Confessio S. 146 fgg., bes. S. 154 fgg.

§ 203. *QUOD CUM PUPILLO CONTRACTUM ERIT, SI EO NOMINE NON DEFENDETUR.*

Ulp. 59[1]), Iulian. 45[2])?

Aus Ulp. 59 ersehen wir, dass das Edict in einer besonderen Clausel den in der Rubrik angegebenen Fall vorsah. Der Anfang dieser Clausel lautete etwa folgender Massen:

> *Quod cum pupillo contractum erit*[3]), *si eo nomine non defendetur*[4]), *eius rei seruandae causa bona eius possideri iubebo.*

Der Fortgang ist in fr. 5 § 2 h. t. wörtlich überliefert:

> SI IS PUPILLUS IN SUAM TUTELAM UENERIT EAUE PUPILLA UIRIPOTENS FUERIT ET RECTE DEFENDETUR[5]): EOS QUI BONA POSSIDENT, DE POSSESSIONE DECEDERE IUBEBO[6]).

§ 204. QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITABIT.

Ulp. 59[7]).

Ulp. 59 fr. 7 § 1 h. t.:

> Praetor ait: QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITABIT[8]), SI BONI UIRI ARBITRATU NON DEFENDETUR[9]), EIUS BONA POSSIDERI UENDIQUE IUBEBO[10]).

Statt possideri uendique hiess es bei Ulpian ohne Zweifel: ex edicto possideri proscribi uenirique.

Vgl. Gai. III 78. Cic. pro Quinctio c. 19 § 60 (edictum QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITARIT). Prob. Einsidl. 66: F. C. L. = FRAUDATIONIS CAUSA LATITAT.

§ 205. QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT.

Ulp. 60[11]), Paul. 57[12]).

Cic. pro Quinctio c. 19 § 60:

> tracta edictum: . . . . . QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT[13]).

Vgl. Gai. III 78:

> Bona . . . . . ueneunt . . . . . eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur[14]).

1) Fr. 3, 5, 7 pr. h. t., fr. 10 de adm. et peric. (26. 7), letztere Stelle falsch Ulp. 49 inscribirt.

2) Cit. fr. 1 § 14 quando appell. (49. 4), falsch Iulian. 40 inscribirt?

3) Ulp. 59 fr. 3 h. t.

4) Ulp. 59 fr. 5 pr. § 1 h. t. Vgl. Paul. sent. V 5b § 1 = fr. 39 pr. de reb. auct. iud. (42. 5).

5) Ulp. 59 fr. 5 § 3 h. t., fr. 10 de adm. et per. (26. 7).

6) Ulp. 59 fr. 5 § 3, fr. 7 pr. cit. Fr. 5 § 3 cit.: interdicto reddito. Vgl. fr. 1 § 2 si uentris (25. 5).

7) Fr. 7 § 1—ult. h. t., fr. 63 de iud. (5. 1), fr. 63 cit. falsch Ulp. 49 inscribirt.

8) Ulp. 59 fr. 7 § 2—ult. h. t. Cf. Ulp. fr. 36 de reb. auct. (42. 5).

9) Ulp. 59 fr. 63 de iud. (5. 1). Cf. auch Ulp. 12 fr. 21 § 3 ex quib. caus. maior. (4. 6).

10) Venulei. fr. 4 § 3 de hom. lib. exhib. (43. 29), Ulp. 12 fr. 23 § 4 ex quib. caus. maior. (4. 6), Diocl. et Max. c. 9 de bon. auct. iud. (7. 72).

11) Fr. 51, 53 de procur. (3. 3), fr. 19 de iudic. (5. 1), fr. 5 de reb. auct. iud. (42. 5).

12) Fr. 52, 77 de procur. (3. 3), fr. 6 h. t.

13) Diese Worte finden sich zwar in keiner erhaltenen Handschrift. Hotomanus und Lambinus wollen sie aber handschriftlich gelesen haben, und dem Sinne nach sind sie unentbehrlich. Vgl. Keller, semestr. p. 61 sqq., Karlowa, Beiträge (1865) S. 115 fgg.

14) Zur Interpretation dieser Stelle vgl. Karlowa, a. a. O. S. 133 fgg.

S. noch Ulp. 59 fr. 7 § 17 i. f. h. t., Ulp. 71 fr. 3 § 14 de hom. lib. exhib. (43. 29), Seuer. et Antonin. c. 3 de procur. (2. 12 [13]).

An das „Qui absens iudicio defensus non fuerit“ schloss sich ohne Zweifel das gewöhnliche „*eius bona possideri iubebo*“. Den weitern Fortgang des Edicts aber bringt Paul. 57 fr. 6 § 1 h. t.:

> Cum dicitur: ET EIUS, CUIUS BONA POSSESSA SUNT A CREDITORIBUS, UENEANT, PRAETERQUAM PUPILLI[1]) ET EIUS, QUI REI PUBLICAE CAUSA SINE DOLO MALO AFUIT[2]).

Vgl. Gordian. c. 4 de restit. mil. (2. 50 [51]). Die Ausnahme ist dieselbe, wie in l. Iulia munic. lin. 116 sq.:

> praeterquam sei quoius quom pupillus esset reiue publicae caussa abesset neque dolo malo fecit fecerit, quo magis rei publicae caussa abesset.

Die im Obigen nicht bereits untergebrachten Stellen der Commentare beschäftigen sich sämmtlich mit dem Begriff defendere, indem sie teils den Ort bestimmen, wo die Defension zu übernehmen[3]), teils die Art und Weise des defendere überhaupt[4]).

§ 206. *QUI EX LEGE IULIA BONIS CESSERIT.*

Gai. III 78:

> Bona autem ueneunt . . . . eorum, qui ex lege Iulia *b*onis cedunt.

Vgl. c. 11 de caus. ex quib. (2. 11 [12]).

§ 207. CUI HERES NON EXTABIT.

Ulp. 60[5]), Paul. 57[6]), Iulian. 46[7]).

Gai. III 78:

> mortuorum bona *u*eneunt . . . . eorum, quibus certum est[8]) neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.

Cic. pro Quinctio c. 19 § 60:

> tracta edictum . . . . . CUI HERES[9]) NON EXTABIT.

Callistr. fr. 1 § 1 de iure fisci (49. 14):

> . . . . . edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona ueneunt, si ex his fisco adquiri nihil possit[10]).

1) Vgl. § 203 und gegensätzlich Ulp. 60 fr. 5 de reb. auct. iud. (42. 5): si minor . . . . . . a curatoribus non defendatur . . . . . ., bonorum uenditionem patitur.

2) Prob. Einsidl. 68 R. P. C. S. D. M. = rei publicae causa se d*olo* malo. Paul. 57 fr. 6 § 2 h. t. Paul. sent. 5 fr. 39 § 1 de reb. auct. iud. (42. 5), Ulp. 10 fr. 1 de N. G. (3. 5), Papinian. fr. 13 h. t. Ueber fr. 21 § 2 ex quib. caus. mai. (4. 6) vgl. Karlowa, a. a. O. S. 129 fgg.

3) Ulp. 60 fr. 19 de iudic. (5. 1).

4) Ulp. 60 fr. 51, 53 de proc. (3. 3), Paul. 57 fr. 52, 77 eod.

5) Fr. 2, 4 de fid. lib. (40. 5).

6) Fr. 5 eod., fr. 4 de reb. auct. iud. (42. 5). Fr. 4 kann auch zu § 208 gehören.

7) Fr. 6 de separ. (42. 6) — ex professo vom Separationsrecht handelt erst Iulian. 47 —; cit. fr. 11 § 5 de minor. (4. 4).

8) Ueber den Fall „si diu incertum sit heres extaturus nec ne sit“ vgl. § 208 a. E.

9) Das Edict hat (zum Teil jedenfalls erst in nachciceronischer Zeit) Zusätze wegen der nicht-civilen Universalsuccessoren erhalten. Wegen des Fiscus s. Callistratus im Text.

10) Vgl. Diocl. et Max. c. 5 de bon. auct. iud. (7. 72).

Im Anschluss an die Clausel Cui heres non extabit erörtern die Juristen das Rescript M. Aurels über die addictio bonorum libertatium seruandarum causa, dessen Wortlaut in § 1 I. de eo cui lib. (3. 11) erhalten ist, und verwandte Materien[1]).

§ 208. DE IURE DELIBERANDI[2]).

Ulp. 60[3]), Paul. 57[4]), Gai. 23[5]).

Dies Edict, wie auch das nächstfolgende, ist ein blosser Anhang zur Clausel Cui heres non extabit: es gibt das Mittel an die Hand, wodurch im Interesse der Gläubiger der Ungewissheit, ob ein Erbe da sein wird, ein Ende gemacht werden kann.

Den Inhalt des Edicts referirt Gai. II 167 wie folgt:

> solet praetor postulantibus hereditar*i*is creditoribus tempus constituere, intra quod, si uel*it*, ade*a*t hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus *b*ona defuncti uendere.

Dieser Bericht gibt indess von dem Verfahren kein genaues Bild. Nach unsern spezielleren Quellen war das Mittel, den Erben zur Erklärung zu nötigen, die interrogatio in iure an heres sit[6]). Wollte der Erbe sich nicht sofort erklären, so stand es ihm frei sich eine Deliberationsfrist zu erbitten, die der Prätor zu gewähren versprach.

Diocl. et Max. c. 9 h. t.:

> rector . . . . . aditus prouinciae, si hereditati necdum sunt obligati, eos an heredes sint interrogare debebit[7]) ac, si tempus ad deliberandum petierint, moderatum statuet.

Ulp. 60 fr. 1 § 1 h. t.:

> Ait praetor: SI TEMPUS AD DELIBERANDUM PETET, DABO[8]).

Verhielt sich der Befragte der interrogatio gegenüber ganz passiv oder trat er die Erbschaft innerhalb der Deliberationsfrist nicht an, so wurden nunmehr zunächst die an zweiter, dritter u. s. w. Stelle Berufenen befragt, jenem ersten aber die actiones hereditariae denegirt:

Marcell. fr. 10 h. t.:

> Si plures gradus sint heredum institutorum, per singulos obseruaturum se ait praetor, id quod *de* praefiniendo tempore deliberationis edicit[9]).

Ulp. 60 fr. 69 i. f. de a. u. o. h. (29. 2):

1) Ulp. 60 fr. 2, 4 de fid. lib. (40. 5), Paul. 57 fr. 5 eod.; vgl. § 2 I. de eo cui lib. (3. 11).

2) D. (28. 8), C. (6. 30).

3) Fr. 1, 3, 5 h. t. — fr. 5 falsch Ulp. 70 inscribirt —, fr. 69 de a. u. o. h. (29. 2), fr. 8 quib. ex caus. (42. 4).

4) Fr. 2 h. t., fr. 58 [57] de hered. instit. (28. 5), fr. 56, 70 de a. u. o. h. (29. 2) — fr. 56 falsch Ulp. 57 inscribirt —, fr. 9 quib. ex caus. (42. 4), fr. 1 de cur. bon. (42. 7).

5) Fr. 6 h. t.

6) Vgl. Dedekind, das Deliberationsrecht des Erben (1870) S. 11 fgg.

7) Vgl. Paul. 57 fr. 4 i. f. de reb. auct. iud. (42. 5), fr. 70 § 2 de a. u. o. h. (29. 2). Ueber fr. 1 pr. de cur. bon. (42. 7) und fr. 70 § 1 de a. u. o. h. (29. 2) vgl. Demelius, Confessio S. 259 n. 2.

8) Hiezu Ulp. 60 fr. 1 § 2, fr. 3, 5 h. t., Paul. 57 fr. 2 h. t., Pompon. fr. 23 § 1 de her. instit. (28. 5): edictum . . . ., quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas. Vgl. ferner fr. 5, 6 pr. de interrog. i. i. fac. (11. 1).

9) Hieher Ulp. 60 fr. 69 de a. u. o. h. (29. 2), Paul. 57 fr. 70 eod., fr. 58 [57] de hered. instit. (28. 5).

..... intra quem diem nisi aut adeat aut pro herede gerat, denegamus ei actiones.

Blieb die Befragung durchweg resultatlos, insofern Keiner se heredem esse respondirte noch auch sonst die Erbschaft antrat, so kam es jetzt endlich zur bonorum uenditio.

Für den Fall, dass sich die Entscheidung lange hinzog, scheint der Prätor besondere Vorsorge getroffen zu haben, Ulp. 60 fr. 8 quib. ex caus. (42. 4):

Si diu incertum sit, heres extaturus nec ne sit, causa cognita permitti oportebit bona rei seruandae causa possidere, et, si ita res urgueat uel condicio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur.

Dass wir es nämlich hier, trotz der nicht darauf deutenden Ausdrucksweise der Stelle, mit einem Edict[1]) zu tun haben, ergibt Pompon. fr. 23 § 4 de hered. instit. (28. 5):

Et ideo ait causae cognitionem adiectam propter eos, qui sine dilatione peregre essent uel aegritudine uel ualetudine ita impedirentur, ut in ius produci non possint, nec tamen defenderentur.

§ 209. 210. *SI SUUS HERES ERIT.*

Ulp. 60. 61, Paul. 58, Gai. 23, Iulian. 47.

Die Clausel Cui heres non extabit konnte an sich da, wo der Verstorbene einen suus heres hinterliess, keine Anwendung finden. Durch Einführung des beneficium abstinendi wurde sie und zugleich auch das Edict de iure deliberandi auf diesen Fall ausgedehnt.

Gai. II 158[2]):

(suis et necessariis heredibus) praetor permittit abstinere se ab heredi*tate*, ut potius parentis[3]) bona ueneant[4]).

Vgl. Gai. 23 fr. 57 de a. u. o. h. (29. 2).

Der Prätor unterschied hier zwei Fälle.

1. *SI PUPILLUS HERES ERIT.*

Ulp. 60[5]), Paul. 58[6]), Gai. 23[7]), Iulian. 47[8]).

Gai. 23 fr. 57 pr. de a. u. o. h. (29. 2):

..... impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, (proconsul) praestat abstinendi facultatem[9]) .....

1) Commentar dazu enthält, ausser Ulp. l. c., noch Paul. 57 fr. 9 quib. ex caus. (42. 4), fr. 70 § 1 de a. u. o. h. (29. 2), fr. 1 de cur. bon. (42. 7), Pompon. fr. 23 § 2—4 de hered. instit. (28. 5).

2) Vgl. c. un. C. Gregor. arbitr. tut. (6. 18) = c. 4 C. Iust. eod. (5. 51).

3) Gai. 23 fr. 51 de V. S. (50. 16).

4) Das Edict war wohl ficticisch gefasst: perinde ac si is heres non esset. Vgl. fr. 99 de a. u. o. h. (29. 2), wo notwendig eine ficticische Formel unterstellt werden muss. S. auch fr. 4 de reb. auct. iud. (42. 5) v. „perinde .... ac si is heres institutus non esset" (es liegt hier aber nicht der Fall unseres Edicts vor).

5) Fr. 7 de iure delib. (28. 8).

6) Fr. 6 de reb. auct. iud. (42. 5), fr. 9 de iure delib. (28. 8), fr. 77 de V. O. (45. 1), letztere Stellen auch auf den Fall si pubes heres erit bezüglich. Zu fr. 77 cit. vgl. fr. 5 § 1, fr. 7 § 3 de iure delib. (28. 8).

7) Fr. 57 de a. u. o. h. (29. 2), auf beide Fälle bezüglich.

8) Fr. 44 de a. u. o. h. (29. 2).

9) Vgl. Pompon. fr. 11 eod.

Hieran schloss sich eine weitere Clausel, wodurch die Gläubiger gegen die Gefahr geschützt werden, dass der unmündige Erbe Verfügungen über die Erbschaft vornehme, die seinem Entschlagungsrecht (s. oben) nicht präjudiciren, die Gläubiger aber um ihr Befriedigungsobject bringen, Ulp. 60[1]) fr. 7 pr. h. t.:

Ait praetor: SI PUPILLI PUPILLAE NOMINE POSTULABITUR TEMPUS AD DELIBERANDUM[2]), AN EXPEDIAT EUM HEREDITATEM RETINERE, ET HOC DATUM SIT: SI IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR, BONA INTEREA DEMINUI[3]) NISI [SI] CAUSA COGNITA[4]) BONI UIRI ARBITRATU UETABO[5]).

Paul. 58 fr. 6 pr. de reb. auct. iud. (42. 5):

Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, praetor bona defuncti uenire permittit, ut, quod superauerit, pupillo restituatur.

2. *SI PUBES HERES ERIT.*

Ulp. 61[6]), Paul. 58[7]), Gai. 23[8]).

Gai. 23 fr. 57 de a. u. o. h. (29. 2):

Necessariis heredibus . . . . . abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit . . . . puberibus ita, si se non immiscuerint[9]).

Gai. II 159. 160:

idem iuris est et (*in*) uxoris persona, quae in manu est[10]), quia filiae loco est, et in nuru[11]), quae in manu filii est, quia neptis loco est. quin etiam similiter abstinendi po*test*a*t*em facit praetor etiam ei, qui in causa *m*ancipi*i* est, (*si*) cum liber*tate* heres institutus sit[12]), *quamuis* necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam seruus.

Gai. 23 fr. 57 § 2 cit.:

Seruis autem necessariis heredibus, siue puberes siue impuberes sint, hoc non permittitur[13]).

Ulp. 61 fr. 71 § 3. 4 de a. u. o. h. (29. 2):

Praetor ait: SI PER EUM EAMUE FACTUM ERIT, QUO QUID EX EA HEREDITATE AMOUERETUR . si . . . . . amouerit, abstinendi beneficium non habebit[14]).

Wegen des Deliberationsrechts, das, wahrscheinlich durch besondere Clausel, auch auf diesen Fall erstreckt war, vgl. Ulp. 61 fr. 4, 8 de iure delib. (28. 8).

1) Die Inscription ist richtig: sonst wäre fr. 8 eod. nicht neu inscribirt.

2) Das Edict de iure deliberandi ist also auf diesen Fall erstreckt.

3) Ulp. 60 fr. 7 § 2 de iure delib. (28. 8), vgl. fr. 26 de C. E. (18. 1).

4) Ulp. 60 fr. 7 § 3 de iure delib. (28. 8).

5) Der Schluss des Edicts ist nicht etwa corrumpirt. Der Prätor erlässt das Veräusserungsverbot wie die ausnahmsweise Veräusserungserlaubniss nur causa cognita, und in letzterm Fall wird immer nur Veräusserung boni uiri arbitratu gestattet, was z. B. hinsichtlich der Auswahl des Veräusserungsobjects von Wichtigkeit sein konnte.

6) Fr. 4, 8 de iure delib. (28. 8), fr. 20, 66, 71 de a. u. o. h. (29. 2), fr. 50, 52 de V. S. (50. 16). Fr. 55 de solut. (46. 3)? Zahlungen des deliberirenden Erben?

7) Fr. 9 de iure delib. (28. 8), fr. 77 de V. O. (45. 1) vgl. S. 336 n. 6.

8) Fr. 57 de a. u. o. h. (29. 2).

9) Hieher Ulp. 61 fr. 20 de a. u. o. h. (29. 2).

10) Vgl. fr. 14 de fid. lib. (40. 5).

11) Ulp. 61 fr. 50 de V. S. (50. 16).

12) Ulp. 61 fr. 52 de V. S. (50. 16): Patroni appellatione et patrona continetur.

13) Ulp. 61 fr. 66, 71 pr.—§ 2 de a. u. o. h. (29. 2).

14) Ulp. 61 fr. 71 § 4—9 eod. War dies Edict auch auf den impubes suus berechnet? Der Wortlaut spricht nicht dagegen.

§ 211. *SI HERES SUSPECTUS NON SATISDABIT.*

Ulp. 61[1]).

Ulp. lib. 2 de omn. tribun. fr. 31 pr. § 3 de reb. auct. iud. (42. 5):

Si creditores heredem suspectum putent, satisdationem exigere possunt pro suo debito reddendo . cuius rei gratia cognoscere praetorem oportet[2]) . . . . Quod si suspectus satisdare iussus decreto praetoris non obtemperauerit, tunc bona hereditatis possideri uenumque dari ex edicto suo [permittere] iubebit.

§ 212. *QUI CAPITALI CRIMINE DAMNATUS ERIT.*

Gai. 23[3])?

An die Fälle der missio in bona mortuorum schliesst sich naturgemäss die missio in bona capite deminutorum.

Was nun zunächst die capitis deminutio maxima und media anlangt, so gewährt uns positiven Anhalt die von Cic. pro Quinctio c. 19 § 60 überlieferte Clausel

QUI EXSILII CAUSA SOLUM UERTERIT[4]).

Aber freilich: dass diese Clausel unverändert in das Hadrianische Edict übergegangen, ist nicht recht wahrscheinlich[5]). Dieselbe passt ihrem Ausdruck nach auf die freiwilligen Selbstverbannungen der republikanischen Zeit, nicht aber auf die Capitalstrafen der Kaiserzeit, die ja bekanntlich keineswegs bloss in exsilium bestanden[6]). Der Prätor wird wohl die alte Clausel späterhin durch eine andere ersetzt haben, die die sämmtlichen Capitalstrafen umfasste und, da ja diese als Regel nicht zur uenditio, sondern zur publicatio bonorum führten, vermutlich gleich der Clausel Cui heres non extabit die Bedingung enthielt „si ex his bonis fisco (populo) adquiri nihil possit[7])“.

Ist Existenz und Fassung dieser Clausel immerhin unsicher, so ist dagegen die Nichtexistenz einer andern von Rudorff, E. P. § 206[1], angenommenen, ebenfalls die capitis deminutio magna angehenden Clausel gewiss: der Fall, wo Jemand zur Strafe unter Verlust der Freiheit Sklave einer bestimmten andern Person wurde (z. B. in Folge des SC Claudianum), war im Edict nicht berücksichtigt, da die hier eintretende rechtliche Behandlung von Paulus in fr. 7 § 2 de cap. min. (4. 5) lediglich auf ein „ut Iulianus scribit“ gegründet wird.

Von der capitis deminutio minima war m. E. an dieser Stelle des Edicts nicht die Rede, wiewohl Gai. 23 nach fr. 7 de reb. auct. iud. (42. 5) vgl. Gai. III 84 gelegentlich auch diese berührt zu haben scheint. Die missio in bona,

1) Fr. 18 de tut. et cur. dat. (26. 5), fr. 8 de suspectis (26. 10) cf. fr. 31 § 1 de reb. auct. iud. (42. 5).

2) Gai. IV 102 i. f.: siue cum eo herede agatur, quem praetor suspectum aestimauerit.

3) Fr. 7 de reb. auct. iud. (42. 5).

4) Vgl. noch Liu. III 58 § 10, XXV 4 i. f., Cic. top. c. 4 § 18.

5) S. Keller, semestr. p. 46 n. 4. A. M. Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 566, Wieding, Libellprozess S. 681 (zweifelnd), Rudorff, E. P. § 206.

6) Darauf, dass „exsilium“ bei den Juristen auch oft untechnisch die für Bürgerrecht nicht präjudicirliche Relegation bezeichnet, lege ich kein Gewicht: denn s. fr. 2 de publ. iud. (48. 1), fr. 14 § 3 de bon. lib. (38. 2). Der relegatus ist übrigens für den Civilprozess nur einfach absens und fällt daher unter die Clausel Qui absens iudicio defensus non fuerit. Hieher fr. 13 quib. ex caus. in poss. (42. 4).

7) Arg. fr. 1 § 1 de iure fisci (49. 14), fr. 8 § 1 qui test. fac. poss. (28. 1).

die dann eintrat, wenn ein adrogatus oder eine uxor in manu von ihrem Gewalthaber nicht gegen die Klage aus vor der Adrogation oder conuentio in manum contrahirten Schulden defendirt wurde, war ohne Zweifel im Edict ausdrücklich verheissen, aber aller Wahrscheinlichkeit nach nicht hier, sondern schon unter dem Titel de restitutionibus (s. § 42). Nun nimmt man allerdings sehr allgemein auf Grund von Gai. IV 80 noch einen zweiten Fall einer bei capitis deminutio minima eintretenden missio an: wenn nämlich Personen in manu oder in mancipio aus Contractschulden, die sie während der Dauer des Gewaltverhältnisses eingegangen, belangt und von ihrem Gewalthaber nicht in solidum defendirt worden seien. Ich meinerseits kann an diesen zweiten Fall der missio nicht glauben[1]). Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum der Prätor hinsichtlich der durante potestate contrahirten Schulden bei den in manu oder mancipio befindlichen Personen ein ganz anderes Haftungssystem statuirt haben soll als bei den Hauskindern und Sklaven. Ueberdies ist aber das Haftungssystem, das man bei Gai. l. c. angedeutet zu finden glaubt, innerlich unmöglich[2]). Gaius sagt l. c., so weit er sicher gelesen ist:

> quod uero ad *eas* personas, quae in manu mancipioue sunt, ita ius dicitur, ut . . . . nisi ab eo, cuius iuri subiectae sint, in solidum defendantur, bona quae earum *fu*tura forent, si e*ius* iur*i* subiectae non essent, ueneant . . . . .

Bezieht man diesen Bericht auf die während der Dauer der Gewalt eingegangenen Schulden, so kommt man hinsichtlich der uxor in manu zu dem ganz unglaublichen Resultat, dass es ihr völlig freigestanden habe, ihr eingebrachtes Vermögen während der Ehe durchzubringen, ohne dass ihr Ehemann sie daran hindern konnte, und dies zwar, obwohl sie sich nach Civilrecht selber gar nicht giltig verpflichten konnte[3]). Hinsichtlich des liberum caput in mancipio aber erhebt sich die nicht minder bedenkliche Frage, wo denn die „bona, quae earum futura forent, si eius iuri subiectae non essent“ stecken[4]). Vor seiner Mancipation war das liberum caput Hauskind und als solches ohne Vermögen; nach der Mancipation ist es Erwerbsinstrument seines Gewalthabers: sollen nun etwa alle Erwerbe, die es für den Gewalthaber gemacht hat, von den Gläubigern, die es sich während der Dauer des Gewaltverhältnisses verschafft hat, haben mit Beschlag belegt werden können? Man braucht sich einen solchen Zustand nur vorzustellen, um seine Unmöglichkeit einzusehen. Sonstige bona, quae eius futura forent, sind aber nirgends ersichtlich. Ich habe daher durchaus keinen Zweifel, dass Gai. IV 80 lediglich an das erinnern wollte, was er III 84 und IV 38 hinsichtlich der vorgewaltlichen Schulden der uxor in manu gesagt hatte[5]), und dass er die Beziehung auf diesen Fall in der oben durch Punkte angedeuteten, nicht mit Sicherheit lesbaren[6]) Lücke klar aussprach. Auf die vorgewaltlichen Schulden der uxor in manu aber hier wiederholt

1) Uebereinstimmend Cohn, Beiträge z. Bearb. d. röm. Rechts Heft II S. 332 fg.

2) Nur für unwahrscheinlich erklärt es Mandry, Familiengüterrecht II S. 349, der seinerseits Gai. IV 80 auf die Delictschulden der uxor in manu und des liberum caput in mancipio beziehen will.

3) Gai. III 104.

4) Vgl. auch Scheurl, Beiträge I S. 273 fg.

5) Derartige Wiederholungen sind bei Gaius häufig. Vgl. Dernburg, Instit. d. Gaius S. 40 fgg.

6) Das Apogr. Stud. hat daselbst: cum ex . . . . . actuearageret', auch dies nicht durch-

einzugehen, dazu fand sich Gaius desshalb veranlasst, weil die Frage eine praktisch wichtige war[1] und hier der Ort schien, auf die grundverschiedene Behandlung der vor und nach der conuentio in manum gemachten Schulden hinzuweisen[2]).

Tit. XXXIX.

DE BONIS POSSIDENDIS PROSCRIBENDIS UENDUNDIS[3]).

Ulp. 61. 62. Paul. 58. 59, Gai. 23. 24, Iulian. 47.

Die Juristen leiten diesen Titel mit Erörterungen über die Competenzfrage ein[4]), bei denen dahingestellt bleiben muss, auf welcher Rechtsquelle sie beruhen.

§ 213. *QUEMADMODUM IN POSSESSIONE ESSE OPORTEAT.*

Paul. 59[5]).

Cic. pro Quinctio c. 27 § 84 überliefert ein hieher gehöriges Edict, das wohl auch in das Hadrianische Album übergegangen sein dürfte:

> QUI EX EDICTO MEO IN POSSESSIONEM UENERINT[6]), EOS ITA UIDETUR IN POSSESSIONE ESSE OPORTERE. QUOD IBIDEM RECTE CUSTODIRE POTERUNT, ID IBIDEM CUSTODIANT[7]), QUOD NON POTERUNT, ID AUFERRE ET ABDUCERE LICEBIT. DOMINUM[8]) INUITUM DETRUDERE NON PLACET.

§ 214. *DE FRUCTU PRAEDIORUM UENDENDO LOCANDOUE.*

Ulp. 61[9]).

Ulp. 61 fr. 8 § 1. 3. h. t.:

> Si quis fructus[10]) ex praedio[11]) debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in possessionem praedii missus est, uendere uel locare debet[12]): sed hoc ita demum, si ante neque uenierit neque locatus erit . . . . . .
> § 3 De tempore locationis nihil praetor locutus est et ideo liberum arbitrium creditoribus datum uidetur, quanto tempore locent, quemadmodum illud est in arbitrio eorum, uendant uel locent . . . .

weg sicher gelesen. Ich vermute, dass sowohl hier als hinter dem quod uero ad eas personas quae in manu mancipioue sunt eine Zeile ausgefallen ist. Vgl. oben S. 2[illegible] n. 2.

1) Weit wichtiger als die entsprechende Frage bei der Adrogation: um so viel wichtiger, als die conuentio in manum häufiger war als die Adrogation.

2) Das quod uero ad eas u. s. w. bei Gai. IV 80 betreffend vgl. oben S. 2[illegible] n. 1.

3) D. 42. 5 de rebus auctoritate iudicis possidendis seu uendundis. C. 7. 72: de bonis auctoritate iudicis possidendis seu uenundandis et de separationibus.

4) Ulp. 61 fr. [illegible] Paul. 58 fr. 2 [illegible] fr. 4 [illegible] ex eas in poss. 42. 4, fr. 2 h. t., letztere Stelle fälschlich Paul. 54 IIII statt VIII inscribirt, Gai. 23 fr. 1. 3 h. t.

5) Fr. 12 pr. § 1 h. t. S. aber S. 341 n. 15.

6) Hieher vielleicht die n. 5 citirte Stelle, vgl. Cic. pro Quinctio c. 25 § 73: etenim si ex edicto possedisti, quaero . . . . cur ceteri sponsores et creditores non conuenerint.

7) Vgl. fr. 3 § 23 de a. u. a. p. 41. 2.

8) Als dominus war der Schuldner, wie es scheint, in dem ganzen Titel bezeichnet. Vgl. Ulp. 61 fr. 8 pr. h. t.: . . . appellatione domini [illegible] quoque continetur.

9) Fr. 8 h. t., fr. 36 de usur. 22. 1.

10) Ulp. 61 fr. 36 de usur. 22. 1.

11) Ulp. 61 fr. 8 § 2 h. t.

12) Ulp. 61 fr. 8 § 4 h. t.

215. *DE ADMINISTRATIONE CREDITORUM.*

Ulp. 62[1]), Paul. 59[2]).

Ulp. 62 fr. 9 pr. h. t.:

Praetor ait: SI QUIS, CUM IN POSSESSIONE BONORUM ESSET, QUOD EO NOMINE FRUCTUS[3]) CEPERIT, EI, AD QUEM EA RES PERTINET[4]), NON RESTITUAT: SIUE, QUOD IMPENSAE SINE DOLO MALO FECERIT, EI NON PRAESTABITUR[5]): SIUE DOLO MALO EIUS DETERIOR CAUSA POSSESSIONIS FACTA ESSE[6]) DICETUR, DE EA RE IUDICIUM IN FACTUM DABO.

Ulp. 62 fr. 9 § 6 h. t.:

In eum quoque, qui neque locauit fructum praedii neque uendidit, in factum actionem[7]) dat praetor .... aestimatio autem fit, quantum interest eius qui experitur.

Für die Reconstruction der Formeln sind keine besondern Anhaltspunkte vorhanden.

§ 216. *SI QUIS DOLO MALO FECERIT, QUO MINUS QUIS IN POSSESSIONEM SIT.*

Ulp. 62[8]), Paul. 59[9]).

Ulp. 62 fr. 1 pr. ne uis fiat ei (43. 4):

Ait praetor: SI QUIS DOLO MALO[10]) FECERIT, QUO MINUS QUIS PERMISSU MEO EIUSUE CUIUS EA IURISDICTIO FUIT, *QUAE MEA EST*[11]), IN POSSESSIONEM BONORUM SIT, IN EUM IN FACTUM IUDICIUM, QUANTI EA RES *ERIT*[12]), OB QUAM IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT, DABO.

Vgl. fr. 14 pr. quib. ex caus. in poss. (42. 4), fr. 51 § 1 de re iud. (42. 1), fr. 3 § 2 ne uis fiat ei (43. 4).

Gai. IV 177:

Contrarium .... iudicium .... constitui*tur* ...., si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse, ... partis ..... quintae.

§ 217. *DE MAGISTRIS FACIENDIS BONISQUE PROSCRIBENDIS ET UENDUNDIS*[13]).

Ulp. 62[14]), Paul. 59[15]), Gai. 23 (?). 24[16]), Iulian. 47[17]).

Gai. III 79[18]):

1) Fr. 9, 11 h. t., fr. 46 de usur. (22. 1).
2) Fr. 10, 14 h. t.
3) Ulp. 62 fr. 9 § 1 h. t., fr. 46 de usur. (22. 1).
4) Ulp. 62 fr. 9 § 3 h. t.
5) Ulp. 62 fr. 9 § 2. 4 h. t.
6) Ulp. 62 fr. 9 § 5 h. t., Paul. 59 fr. 14 pr. h. t.
7) Dass sie im Edict proponirt war, folgere ich aus fr. 9 § 7 h. t.: hae actiones.
8) Fr. 1 ne uis fiat ei (43. 4), fälschlich Ulp. 72 inscribirt. Die Inscription Ulp. 62 ergibt sich aus der Correspondenz mit Paul. 59.
9) Fr. 2 eod.
10) Ulp. 62 fr. 1 § 4 eod.
11) Vgl. fr. 7 pr. de damno inf. (39. 2). Prob. Einsidl. 74: Q. M. E. = qu*ae* mea est.
12) *Dig.* fuit. Cf. fr. 1 § 5 ne uis fiat ei (43. 4).
13) Cic. ad Attic. VI 1 § 15: alterum .... de bonis [possidendis] uendendis, magistris faciendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent.
14) Fr. 1 de sen. (1. 9), fr. 5 de fer. (2. 12), fr. 44 mand. (17. 1), fr. 15 de reb. auct. iud. (42. 5), fr. 54, 56 de V. S., fr. 143 de R. I.
15) Fr. 12 § 2 (vielleicht auch pr. § 1) de reb. auct. iud. (42. 5), fr. 53, 57 de V. S. (50. 16); fr. 19 de a. u. o. h. (29. 2)? s. S. 343 n. 2.
16) Fr. 16 de reb. auct. iud. (42. 5). Vgl. Gai. 23 (24?) fr. 13 eod.
17) Fr. 5 de cur. bon. (42. 7).
18) Zur Lesung des corrumpirten Texts vgl. Krüger, krit. Versuche (1870) S. 134 fgg.,

Siquidem uiui bona ueneant, iu*b*et ea praetor per dies continuos XXX[1]) poss*i*deri *e*t proscribi[2]), si uero mortui, p*er* dies XV: postea iub*et* conuenire creditores[3]) et ex eo numero magistrum creari[4]), id est eum per quem bona ueneant[5]): itaque si *u*iui bona ueneant, in diebus (*X bonorum*) u*enditionem* fieri iubet, si mortui, in dimidio. *die*bus ita*que* uiui bona XXXX, mortui *u*ero XX emptori addici iubet.

Dass die Edicte, deren Inhalt Gaius im Obigen summarisch wiedergibt, an diesem Orte standen, kann gar keinem Zweifel unterliegen, schon desswegen nicht, weil in den folgenden Büchern der Commentare bereits die Rechtsmittel für und wider den bonorum emptor erörtert sind. Zu allem Uebrigen aber beschäftigt sich Paul. 59 fr. 57 pr. de V. S. (50. 16) mit Erläuterung des Worts magister, wozu nur die Clausel de magistris faciendis Anlass gegeben haben kann[6]).

Aus den Commentaren ergeben sich folgende Ergänzungen des Gaianischen Berichts.

Den eingewiesenen Gläubigern gewährt der Prätor die Befugniss, die auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners bezüglichen Urkunden zu prüfen — instrumenta cognoscere und dispungere, Worte, die Ulp. 62 fr. 56 pr. de V. S. (50. 16) erläutert[7]).

Es konnte vorkommen, dass der Schuldner Vermögen hatte, aber kein solches, woran für den Gläubiger ein possidere möglich war. Da die Regel des Edicts als erstes Stadium des Verfahrens das „bona per dies XXX (XV) possideri et proscribi" festsetzte, ein Erforderniss von dessen Einhaltung die Zulässigkeit des weitern Verfahrens abhing[8]), so verlangte jener Fall besondere Berücksichtigung, die ihm nach Paul. 59 fr. 12 § 2 de reb. auct. iud. (42. 5) und Gai. 23 fr. 13 eod. denn auch zu Teil geworden zu sein scheint[9]).

Dem magister dürfte die Eintreibung von Ausständen[10]), hinsichtlich deren

daselbst auch über den Widerspruch mit Theophil. III 12 pr. Völlige Gewissheit über die Fristen wird sich bei dem Zustand des C. Ver. nicht erlangen lassen: liest ja jeder Herausgeber den Text anders.

1) Cic. pro Quinctio c. 8 § 30. Vgl. c. 9 i. f. de bon. auct. (7. 72): tempore transacto.

2) Cf. l. Rubria c. 22 i. f., l. Iulia munic. lin. 117, Charis. instit. gramm. II 15 (Keil, I p. 235).

3) Ulp. 62 fr. 54 de V. S. (50. 16), Paul. lib. 16 breu. ed. fr. 55 eod. Vgl. fr. 6 pr., 7 § 14 quib. ex caus. in poss. (42. 4).

4) De magistro priuato consilio electo cf. Iulian. 47 fr. 5 de cur. bon. (42. 7).

5) Lex bonorum uendendorum: Theophil. III 12 pr.

6) Eine sehr abweichende Ordnung findet man bei Rudorff, der in seinem E. P. hier ganz den Faden verloren hat: die Hauptursache der daselbst herrschenden Verwirrung liegt darin, dass R. einerseits fast sämmtliche von der actio Rutiliana und Seruiana handelnde Fragmente übersehen hat, andererseits ein Fragment aus Ulp. 65 — fr. 2 de cur. bon. (42. 7) —, das vom curator bonorum handelt, irrig für interpolirt und ursprünglich vom magister handelnd hält.

7) Hieher noch Ulp. 62 fr. 15 de reb. auct. iud. (42. 5).

8) Cic. pro Quinctio c. 23 i. A.: etenim si ex edicto possedisti, quaero, cur bona non uenierint . . . . . .

9) Und zwar im Edict, vgl. fr. 12 § 2 i. f.: recte dicitur non esse quod possideatur. Letzteres scheint die edictale Wendung gewesen zu sein. Auch für die Nebenfolgen, die das bona possessa proscriptaue esse nach sich zog — Infamie (l. Iul. munic. lin. 115 sqq.), erschwerte Defension (Gai. IV 102) — musste der im Text berührte Punkt in Betracht kommen.

10) Der magister hatte überhaupt administratio, vgl. l. agraria (C. I. L., I 75, n. 200) lin. 56: qui a magistro *emerit*.

Gefahr im Verzuge war, bei eigener Verantwortlichkeit obgelegen haben. Paul. 59 fr. 57 § 1 de V. S. (50. 16) definirt unmittelbar hinter „magister" das Wort „persequi":

> Persequi uidetur et qui satis accepit.

Und Ulp. 62 fr. 44 mandati (17. 1) bemerkt:

> Dolus est, si quis nolit persequi quod persequi potest, aut si quis nolit quod exegerit soluere.

Die Haftung scheint hienach auf dolus beschränkt gewesen zu sein.

Bei der Auswahl unter den auftretenden Bietern war der magister nicht völlig frei, vgl. Gai. 24 fr. 16 h. t.:

> Cum bona ueneunt debitoris, in comparatione extranei et eius, qui creditor cognatusue sit, potior habetur creditor cognatusue, magis tamen creditor quam cognatus, et inter creditores potior is, cui maior pecunia debebitur[1]).

Vermutlich waren die hier angegebenen Vorzugsgründe nicht die einzigen und ist es daher hieher zu deuten, wenn Ulp. 62 fr. 1 de senator. (1. 9) berichtet, dass ein uir consularis und ein uir praefectorius einer femina consularis „vorzuziehen" sei. Unter den Verwandten wiederum mögen die liberi den entferntern vorgezogen worden sein: hieher könnte es gehören, wenn Ulp. 62 in fr. 56 § 1 de V. S. bemerkt, dass mit dem Wort liberi nicht nur die (als bonorum emptores nicht in Betracht kommenden) gewaltunterworfenen Descendenten, sondern auch alle gewaltfreien, einerlei welchen Geschlechts und ob Manns- oder Weiberstamms, bezeichnet würden.

Die übrigen Commentarfragmente lassen keinen Schluss auf weitern Edictsinhalt zu[2]).

Tit. XL.

QUEMADMODUM A BONORUM EMPTORE UEL CONTRA EUM AGATUR.

Ulp. 63. 64, Paul. 60. 61, Gai. 24, Iulian. 47.

1) Vgl. Cic. in Verr. II[1] c. 54 § 142: . . . illa consuetudo in bonis . . . . uendundis omnium . . . . . praetorum . ., ut optima condicione sit is, cuia res, cuium periculum.

2) Ulp. 62 fr. 143 de R. I. (50. 17): Nachlassvergleich? Paul. 59 fr. 53 de V. S. (50.16): Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis etc. (Possessa proscripta? genügt possessio ohne proscriptio? genügt proscriptio ohne possessio, wo letztere möglich ist?). Paul. 59 fr. 19 de a. u. o. h. (29. 2): für diese Stelle weiss ich keinen Bezug; vielleicht ist die Inscription falsch — Paul. 59 statt 58 — und gehört das Fragment in das Gebiet des beneficium abstinendi. Ulp. 62 fr. 5 de feriis (2. 12): die Beziehung erhellt aus Theophil. III 12 pr., wonach die Gläubiger jeden neuen Schritt des Verfahrens durch eine aditio praetoris einleiten mussten.

§ 218. *DE RUTILIANA ACTIONE.*

Ulp. 63[1]), Paul. 60[2]), Gai. 24[3])?

Gai. IV 35:

> . . . . bonorum emptor . . . . interdum[4]) . . . . ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione conuertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset uel illi dar*i* oporteret, eo nomine aduersarius huic condemnetur: quae species actionis appellatu*r* Rutiliana . . . .

Gai. IV 65. 68:

> Item *b*onorum emptor cum deductione agere iube*tur, id est ut* in hoc solum aduersarius eius condemnetur quod superest deducto eo, quod inuicem ei bonorum emptor defraudatoris nomin*e* debet . . . . deductio uero ad condemnationem ponitur.

Der Wortlaut der Formel war nach Gai. IV 35 bis auf die deductio genau derselbe, wie überhaupt beim alieno nomine agere (Gai. IV 86). Ward die Tatsache der bonorum emptio oder der rechtsgiltigen bonorum emptio beklagter Seits bestritten, so wird darüber je nach Umständen entweder der Prätor selbst cognoscirt oder eine der exceptio procuratoria mangels Vollmacht entsprechende exceptio erteilt haben. Die Deductionsclausel selbst ist nicht sicher herzustellen[5]), da wir nicht wissen, wie viel von dem Bericht des Gaius Reproduction des Formelinhalts ist. Das Wort deducto, das dem cum deductione agere den Namen gab, gehört gewiss der Formel an[6]); in welcher Gestalt aber weiterhin die Gegenforderung des Beklagten ausgedrückt war, ob in allgemeinen oder spezialisirenden Worten, ob mit Zusatz der Worte „praesens in diemue" — Gai. IV 67 — oder ohne solchen Zusatz, muss dahingestellt bleiben. Nur so viel kann noch bestimmt behauptet werden, dass, wo eine Gegenforderung diuersae qualitatis deducirt werden sollte, diese in der Formel durch den Beisatz „quanti id erit" in eine Geldforderung verwandelt wurde[7]), Gai. IV 66:

> si . . . . pecuniam petat bonorum emptor et inuicem frumentum aut uinum is debeat, deduct*o* quanti id erit, in reliquum experitur.

Wahrscheinlich ist, dass die Deductionsclausel nur auf Antrag des Beklagten eingerückt wurde[8]).

Gaius handelt bloss von der Formel, mittels deren der bonorum emptor selber klagt, nicht von derjenigen, mittels deren er verklagt wird. Ohne Zweifel trat aber auch hier die Rutilianische Umstellung ein, und die blosse Ratenhaftung des bonorum emptor kam in einem Zusatz zur condemnatio (Rudorff:

1) Fr. 44 de pecul. (15. 1), fr. 10 de compens. (16. 2), fr. 23 de damno inf. (39. 2), fr. 7 de fid. lib. (40. 5), fr. 16 de re iud. (42. 1).

2) Fr. 21 depos. (16. 3), fr. 28 pro socio (17. 2), fr. 24 si quis omissa (29. 4), fr. 45 ad l. Falc. (35. 2), fr. 6 de fid. lib. (40. 5), fr. 25 de re iud. (42. 1). Fr. 46 de pecul. (15. 1) ist fälschlich Paul. 60 statt 62 inscribirt; schon fr. 45 trägt die Inscr. Paul. 61.

3) Fr. 58 de V. S.? zu § 1 vgl. fr. 17 de re iud. (42. 1) —? Schwerlich; s. S. 350 n. 3, 351 n. 4.

4) i. e si uiui bona ueneant.

5) Versuche dazu bei Scheurl, Beiträge I S. 155, Dernburg, Compensation (2. Aufl.) S. 42 n. 1, Rudorff, R. G. II S. 303, E. P. § 220, Huschke, iurispr. anteiust. zu Gai. IV 66.

6) S. auch Eisele, die Compensation (1876) S. 49.

7) Vgl. Eisele, a. a. O. S. 50. Der Beisatz kann auch als ständiger gedacht werden: eo quod . . . . debet quantiue id erit.

8) Vgl. Ulp. 62 fr. 10 § 2. 3 de compens. (16. 2): „*deductionem* opponere potest", „poterit obici *deductio*". Vgl. S. 345 n. 1.

pro portione qua bona uenierunt, — im concreten Fall war natürlich der Bruchteil bezeichnet) zum Ausdruck.

Mit der Rutiliana actio beschäftigen sich (schwer begreiflich, dass das Rudorff entging,) eine grosse Anzahl von Fragmenten aus Ulp. 63 u. Paul. 60, die ich, um den Beweis für die Stellung der Rutiliana im System zu führen, einzeln vornehmen muss.

Auf das agere cum deductione beziehen sich deutlich Ulp. 63 fr. 10 de compens. (16. 2)[1]), Paul. 60 fr. 28 pro socio (17. 2), fr. 45 ad l. Falc. (35. 2) cf. Gai. IV 67.

Die Ansprüche der Gläubiger wider den bonorum emptor betreffen: Ulp. 63 fr. 23 de damno inf. (39. 2)[2]), fr. 7 de fid. lib. (40. 5) — dazu Paul. 60 fr. 6 eod.

Der Besprechung der naheliegenden Frage, ob und in welchen Fällen ein dem Cridar gegenüber zuständig gewesenes beneficium competentiae auch dem bonorum emptor entgegengehalten werden könne, gehören an: Ulp. 63 fr. 16 de re iud. (42. 1), Paul. 60 fr. 25 eod.[3]).

Von der Natur der im Concurs stattfindenden Doppelhaftung — civile des Cridars, prätorische des bonorum emptor —, speziell davon, in welchen Fällen ungeachtet der stattgehabten bonorum uenditio immer noch der Cridar belangt werden muss, handeln, in Anlehnung an den Fall der Doppelhaftung des Gewalthabers und Haussohns: Ulp. 63 fr. 44 de pecul. (15. 1), Paul. 60 fr. 21 depos. (16. 3).

Endlich Paul. 60 fr. 24 si quis omissa (29. 4) wird eine analoge Erörterung zu der Frage enthalten, ob und in welchem Umfang eine dolose Intestaterbantretung des Cridars den Legataren Klage wider den bonorum emptor verschaffe.

§ 219. *DE PRIUILEGIARIIS CREDITORIBUS.*

Ulp. 63[4]), Paul. 60[5]), breu. 16[6]), Gai. 24[7]).

Die privilegirten Gläubiger sind von dem bonorum emptor voll zu befriedigen, — anderweite Bestimmung der lex bonorum uendendorum, wie solche bei Insufficienz der Activa sich notwendig erweisen musste, natürlich vorbehalten. Als privilegirte Forderungen werden in den Commentaren folgende aufgezählt.

1. Der Anspruch auf Erstattung der Leichenkosten. Ulp. 63 fr. 17 pr. de reb. auct. iud. (42. 5) vgl. Paul. sent. I 21 § 15.

1) In § 1—3 der Stelle ist compensare für deducere interpolirt; im pr. dagegen steht das ipso iure compensatione facta gerade im Gegensatz zur deductio.

2) nisi in solidum fuerit cautum, mittetur in possessionem.

3) Rudorff, E. P. § 212 (ebenso Bruns, fontes ed. IV p. 178) fügt auf Grund dieser Stellen ein besonderes Edict ein „qui in id quod facere possunt conueniantur", eine Annahme, die schon durch den Wortlaut der von ihm citirten Stelle Ulpians („et quidem sunt hi fere") als irrig erwiesen wird. Das beneficium competentiae beruhte in der Mehrzahl seiner Anwendungen nicht auf Edict, sondern auf Praxis und Rescripten. Vgl. fr. 84 de I. D. (23. 3), fr. 12, 17 § 2 sol. matr. (24. 3), fr. 20, 41 § 2 de re iud. (42. 1). Die wirklich hieher gehörigen Edicte aber stehen an anderm Ort, vgl. §§ 104, 109, 221.

4) Fr. 20 de pign. (20. 1), fr. 3 de I. D. (23. 3), fr. 17, 19, 22, 24 de reb. auct. iud. (42. 5), fr. 6 de I. F. (49 14).

5) Fr. 2 de I. D. (23. 3), fr. 18, 20, 23 de reb. auct. iud. (42. 5).

6) Fr. 26 de reb. auct. iud. (42. 5), fr. 148 de R. I. (50. 17).

7) Fr. 21 de reb. auct. iud. (42. 5).

2. Die Forderung der Ehefrau auf Rückgabe der dos. Ulp. 63 fr. 17 § 1, 19 pr. eod., fr. 3 de I. D. (23. 3), Paul. 60 fr. 2 de I. D. (23. 3), fr. 18 de reb. auct. iud. (42. 5).

3. Die Forderungen Bevormundeter gegen Vormund und Protutor. Ulp. 63 fr. 19 § 1, fr. 22, 24 pr. eod., Paul. 60 fr. 20, 23 eod., Gai. 24 fr. 21 eod., Paul. sent. fr. 15 § 1 de cur. fur. (27. 10).

4. Creditor qui ob restitutionem aedificiorum crediderit. Ulp. 63 fr. 24 § 1 eod., fr. 20 de pignor. (20. 1).

5. Qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt: Ulp. 63 fr. 24 § 2 eod. (steht den andern Privilegien nach).

6. Creditores quorum pecunia ad creditores priuilegiarios peruenit. Ulp. 63 fr. 24 § 3 eod., Paul. 16 breu. fr. 148 de R. I. (50. 17).

7. Qui in nauem exstruendam uel instruendam credidit uel etiam emendam. Paul. 16 breu. fr. 26 de reb. auct. iud. (42. 5).

8. Forderungen des Fiscus. Ulp. 63 fr. 6 de I. F. (49. 14). Dazu treten:

9. Die der Stadtgemeinden. Paul. sent. fr. 38 § 1 de reb. auct. iud. (42. 5).

Unter den hier aufgeführten Privilegien beruht eines — das der Bevormundeten — nachweisbar auf dem Edict, vgl. Paul. sent. fr. 15 § 1 de cur. fur. (27. 10):

> In bonis curatoris priuilegium furiosi furiosaeue seruatur . prodigus et omnes omnino, etiamsi in edicto non fit eorum mentio, in bonis curatoris decreto[1]) priuilegium consequuntur.

Da das Privileg der Leichenkosten und der Dotalforderung in den Commentaren noch vor dem der Bevormundeten erörtert ist, so dürften auch diese beiden Privilegien edictalen Ursprungs sein. Ein Gleiches ist nach Plin. epist. X 108 [109], 109 [110] auch hinsichtlich des Privilegs der Stadtgemeinden nicht unwahrscheinlich: Plinius berichtet daselbst an Trajan, es sei den bithynischen und Pontischen Gemeinden „a plerisque proconsulibus concessam . . . protopraxian". Ferner scheint der unter Ziff. 6 erwähnte Vorzug auf Edictsworten zu beruhen, die Ulpian in fr. 24 § 3 commentirt. Dagegen ist die Quelle des Privilegs Ziff. 4 nach Ulpian eine Constitution M. Aurels, die des Privilegs Ziff. 5 wohl nur die Praxis (placuit); über den Ursprung der Privilegien Ziff. 7. 8 endlich lassen uns die Juristen ohne Andeutung.

§ 220. *QUOD POSTEA CONTRACTUM ERIT, QUAM IS, CUIUS BONA UENIERINT, CONSILIUM FRAUDANDORUM CREDITORUM CEPERIT.*

Ulp. 64[2]).

Ulp. 64 fr. 25 h. t.:

> Ait praetor: QUOD POSTEA CONTRACTUM ERIT, QUAM IS, CUIUS BONA UENIERINT, CONSILIUM *FRAUDANDORUM CREDITORUM* CEPERIT[3]), FRAUDARE SCIENTE EO QUI CONTRAXERIT[4]), NE ACTIO EO NOMINE DETUR.

1) D. h. kraft der vom Prätor zu decretirenden Fassung der lex bonorum uendendorum.

2) Fr. 25 h. t. (42. 5), fr. 4 quando ex facto (26. 9).

3) So nach Mommsens gewiss richtiger Vermutung statt des consilium receperit (F. C. CEPERIT = RECEPERIT) der Flor. Vgl. Prob. 5, 13: F. C. = fraudare creditores.

4) Ulp. 64 fr. 4 quando ex facto (26. 9).

Ne actio eo nomine detur: scil. aduersus bonorum emptorem. Ueber die Art der Ausführung des Edicts belehrt uns fr. 9 § 5 de iureiur. (12. 2):

> ...... aut denegari debet actio aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

§ 221. *DE ACTIONIBUS, QUAE EX ANTE GESTO ADUERSUS FRAUDATOREM COMPETUNT.*

Ulp. 64[1]), Paul. 61 (?)[2]).

Die vollzogene bonorum uenditio hat für den Gemeinschuldner die Wirkung, dass ihm nunmehr alle Klagen aus ihr vorausgehenden Verhältnissen (ex ante gesto) versagt werden[3]), was vielleicht im Edict ausdrücklich ausgesprochen war. Umgekehrt ist er selbst gegen Klagen ex ante gesto nicht geschützt[4]), es müsste denn die bonorum uenditio durch eine capitis deminutio magna, die jene Ansprüche vernichtete, veranlasst worden sein[5]). Denn, wenn es als Privileg des Schuldners, der sich zur bonorum cessio entschliesst, hervorgehoben wird, dass er ex ante gesto nur in quantum facere potest belangt werden könne[6]), wenn ferner bei neu erworbenem Vermögen eine zweite bonorum uenditio gegen den fraudator erwirkt werden kann[7]), so ist der Schluss auf fortdauernde Klagbarkeit der Schulden ex ante gesto ganz unvermeidlich. Die gegenteilige Ansicht beruht lediglich auf Missverständniss des fr. ult. § ult. quae in fraud. cred. (42. 8). Dort heisst es von der wegen alienatio in fraudem creditorum zuständigen Klage, Mela sei der Ansicht gewesen, dieselbe sei nur gegen Dritte, nicht gegen den fraudator selbst zu erteilen: „quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum uenditionem daretur et iniquum esset actionem dari in eum, cui bona ablata essent.“ Der Schein des Widerspruchs mit unserer obigen Behauptung schwindet sofort, wenn man sich des Satzes erinnert: nullam uidetur actionem habere, cui propter inopiam aduersarii inanis actio est[8]). Mela will die Klage versagen, weil sie doch ohne Erfolg sein würde, und gerade weil Mela seine Ansicht so motivirte, motivirt Venuleius, der Verfasser der Stelle, seine gegenteilige Ansicht mit den Worten: praetor non tam emolumentum actionis intueri uidetur in eo, qui exutus est bonis, quam poenam[9]).

War die Klage ex ante gesto wider den fraudator nicht ausgeschlossen, so war dagegen dessen Haftung allerdings beschränkt: der Prätor gewährte ihm eine Erholungsfrist, indem er im ersten Jahr nach der bonorum uenditio die Klage wider ihn ex ante gesto nur in quantum facere potest doloue malo fecit

1) Fr. 6 de cess. bon. (42. 3).

2) Fr. 45 de peculio (15. 1): der Cridar haftet, trotzdem er sein Activvermögen verloren hat. Die Stelle kann aber auch zur actio Seruiana gezogen werden und etwa einem Zusammenhang angehören, worin der Jurist hervorhob, dass der Concurs über die Erbschaft des Gewalthabers den Gläubiger seiner Forderung wider das gewesene Hauskind nicht beraube.

3) Fr. 40 de oper. lib. (38. 1), vgl. fr. 4 de cur. bon. (42. 7).

4) A. M.: Bethmann-Hollweg, C. Pr. II S. 686, Huschke, Zschr. f. C. Rt. u. Pr. N. F. XIV S. 44 fgg.

5) Arg. fr. 3 de sent. pass. (48. 23).

6) § 40 I. de act. (4. 6), fr. 4 pr. § 1 de cess. bon. (42. 3), c. 3 de bon. auct. iud. (7. 72).

7) Gai. II 155, fr. 7 de cess. bon. (42. 3).

8) Fr. 6 de d. m. (4. 3).

9) D. h. die Schuldhaft, s. Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 686.

quo minus posset zuliess[1]) Dies ist der Inhalt des Edicts, das wir aus c. ult. de reuoc. (7. 75) — Diocl. et Max. — kennen lernen:

> Si actu sollemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis aduersus fraudatorem intra annum in quantum facere potest uel dolo malo fecit, quo minus possit, edicto perpetuo tantum actionem permitti.

Pessime uidetur cantare haec lex, sagt die Glosse, und in der Tat ist nicht nur von den zahlreichen Auslegungen, die das Gesetz gefunden hat[2]), keine einzige acceptabel, sondern nach dem Titel zu urteilen, unter den die Compilatoren des Codex dasselbe gestellt haben, haben schon diese selbst es nicht verstanden. Trotzdem ist der Sinn des Rescripts sehr einfach. Die Implorantin — Menandra — hatte eine privilegirte Forderung wider den Cridar besessen: praecedentem obligationem[3]), — vielleicht eine Dotalforderung. Sie hatte sich von dem Cridar, der dadurch die uenditio bonorum abzuwenden hoffen mochte, beschwatzen lassen, dieselbe durch Novation in eine gewöhnliche Stipulationsforderung zu verwandeln: actu sollemni praecedentem obligationem peremit. Trotzdem kam es zur bonorum uenditio, und Menandra fiel mit ihrer Stipulationsforderung ganz oder zum grossen Teil durch. Nunmehr suchte sie Hilfe bei den Kaisern und richtete wahrscheinlich die doppelte Anfrage an dieselben, ob ihr nicht gegen den bonorum emptor zu helfen sei und ob sie nicht den Cridar sofort in Schuldhaft nehmen könne. Die Kaiser erwidern: wenn du deine privilegirte Forderung aufgegeben hast, so steht dir wegen deines Ausfalls nach dem Edict derzeit (intra annum) kein anderes Recht zu, als wider den Cridar in quantum facere potest zu klagen.

Ist vorstehende Auslegung richtig, so ersehen wir daraus, dass nicht bloss der bonis cedirende Cridar ein beneficium competentiae genoss: der Vorteil, den die cessio bonorum gewährte, war nur der, dass sie dem Wahlrecht der Gläubiger zwischen Personal- und Vermögensexecution sofort ein Ende machte, und ferner, dass das beneficium competentiae hier ein dauerndes war. Eine Bestätigung dafür, dass dasselbe nicht überhaupt auf den Fall der cessio bonorum beschränkt war, gibt, was Paulus in fr. 51 pr. de re iud. (42. 1) berichtet:

> Si quis dolo fecerit, ut bona eius uenirent, in solidum tenetur.

Denn hienach war das Benefiz nur dem betrügerischen Bankrotteur entzogen.

Der Ort unseres Edicts im System des Albums ist ungewiss. Für die von mir gewählte Stelle spricht ausser innern Gründen der Umstand, dass Ulp. 64 fr. 6 de cess. bon. (42. 3) die Frage erörtert, unter welchen Voraussetzungen wider denjenigen, qui bonis cessit, eine zweite bonorum uenditio erwirkt werden könne. Der enge Zusammenhang dieser Frage mit der Lehre von den Klagen ex ante gesto liegt auf der Hand.

1) Dadurch war die Schuldhaft ausgeschlossen; die oben citirte Aeusserung des Venuleius behauptet daher implicite die Unanwendbarkeit unseres Edicts auf die Klage wegen alienatio in fraudem creditorum.

2) Vgl. die Glosse, sodann Iac. Constantinaeus in Otto, thes. IV c. 608 sq., wo eine Reihe von Auslegungsversuchen zusammengestellt ist, aus neuerer Zeit: Huschke, Zschr. f. C. Rt. u. Pr. N. F. XIV S. 44 fgg.

3) Vgl. fr. 45 de relig. (11. 7): Impensa funeris . . . ., quae . . . . omne creditum solet praecedere . . . .



§ 222. *DE SERUIANA ACTIONE.*

Ulp. 64[1]), Paul. 61 (?)[2]).

Gai. IV 35:

. . . . bonorum emptor ficto se herede agit . . . . . species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor *agit*, Seruiana (*uocatur*).

Die actio Seruiana war die Form der Klage für und wider den bonorum emptor, wenn der Concurs de bonis mortui stattgefunden hatte. Auch hier galt (Gai. IV 65 sqq.):

*b*onorum emptor cum deductione agere iube*tur*.

Im Uebrigen war die Formel mit der für und wider den bonorum possessor identisch[3]) und bedarf daher keiner weitern Erörterung. Die Bestreitung der Tatsache rechtsgiltiger bonorum emptio nahm auch hier Exceptionsgestalt an.

Unter den in n. 1. 2 angeführten Stellen bezieht sich fr. 12 de compens. (16. 2) wieder auf das agere cum deductione[4]). Besonders interessant ist fr. 15 de lib. leg. (34. 3). Dieses von den Compilatoren arg verunstaltete Fragment bezog sich an seinem ursprünglichen Orte auf die Frage, ob der bonorum emptor eine im Erbweg an den Verstorbenen gekommene Forderung, deren Geltendmachung diesem aber durch Damnationslegat untersagt war, verfolgen könne. Die Antwort lautet verneinend: nam neque heredis heres agere potest: eine augenscheinliche Anspielung auf die Fiction „si heres esset". Ganz denselben Hintergrund hat auch fr. 29 de oper. lib. (38. 1): wenn hier entschieden ist, dass das begonnene iudicium de operis nach dem Tode des Patrons auf einen heres extraneus nicht transferirt werde, so folgt daraus (was die Compilatoren gestrichen haben), dass auch der als heres fingirte bonorum emptor die Translation nicht beanspruchen kann.

§ 223. DE SEPARATIONIBUS[5]).

Ulp. 64[6]), Iulian. 47[7]).

Gordian. c. 2 de bon. auct. iud. (7. 72):

Est iurisdictionis tenor promptissimus indemnitatisque remedium edicto praetoris creditoribus[8]) hereditariis demonstratum, ut quotiens separationem bonorum postulant, causa cognita[9]) impetrent.

Ulp. 64 fr. 1 § 18 h. t.:

Item sciendum est necessarium heredem seruum cum libertate institutum impetrare posse separationem[10]).

Der Wortlaut des Edicts ist nicht zu reconstruiren.

1) Fr. 12 de compens. (16. 2), fr. 15 de lib. leg. (34. 3), fr. 29 de oper. lib. (38. 1).

2) Fr. 45 de peculio (15. 1) vgl. S. 347 n. 2.

3) Vgl. § 67.

4) Die Lehre von der Deduction wurde hier schwerlich zum zweiten Male mit Ausführlichkeit erörtert. Immerhin machte der Umstand, dass es sich hier um deductio eius, quod defuncti nomine debetur, handelte, erneuerte Betrachtung notwendig.

5) D. (42. 6), vgl. C. (7. 72).

6) Fr. 1 h. t., fr. 2 de SC Maced. (14. 6) cf. fr. 1 § 9 h. t.

7) Fr. 14 de fideiuss. (46. 1) cf. fr. 3 pr. h. t.

8) Ausdehnung auf die Legatare kraft aequitas: Iulian. 46 fr. 6 pr. h. t.

9) Praetoris erit uel praesidis notio: Ulp. 64 fr. 1 § 14 h. t.

10) Vgl. Gai. II 155.

Tit. XLI.

DE CURATORE BONIS DANDO[1]).

Ulp. 65. 66, Paul. 62, Gai. 24, Iulian. 47.

§ 224. *DE CONSTITUENDO CURATORE ET ADMINISTRATIONE EIUS.*

Ulp. 65[2]), Gai. 24[3]).

Ganz am Schlusse des Concursrechts steht als eine Art Anhang im Album, wie in den Digesten, der Titel de curatore bonis dando[4]). Dabei ist gar nicht oder mindestens nicht vorzugsweise an den zur Verhütung der bonorum uenditio durch Senatusconsult eingeführten curator bonis distrahendis zu denken[5]), sondern an den wahrscheinlich schon im ältesten Edict über den Concurs vorgesehenen curator, dessen Vorkommen in republikanischer Zeit durch die Erwähnung in der lex agraria a. u. c. 643 lin. 56 erwiesen wird:

quei ab bonorum emptore magistro curator*eue emerit* . . . .

Was nun den Inhalt unseres Edicts anlangt, so wissen wir nicht, ob der Prätor die Voraussetzungen, unter denen er einen curator ernennen werde[6]), darin namhaft gemacht oder ob er nur kurz die Ernennung eines solchen causa cognita versprochen hat. Die Mitwirkung der Gläubiger bei der Ernennung scheint auf blosser Praxis beruht zu haben, Ulp. 65 fr. 2 pr. h. t.:

De curatore constituendo hoc iure utimur, ut praetor adeatur isque curatorem curatoresque constituat ex consensu maioris partis creditorum, uel praeses prouinciae, si bona distrahenda in prouincia sunt.

Ganz wie ein an Edictswortlaut angelehnter Bericht sieht dagegen aus, was Ulp. 65 fr. 2 § 1 h. t. über die rechtliche Stellung des Curators mitteilt:

Quaeque per eum eosue, qui ita creatus creatiue essent, acta facta gestaque[7]) sunt, rata habebuntur: eisque actiones et in eos utiles competunt: et si quem curatores mitterent ad agendum uel defendendum, uti ius esset: nec ab eo satis, neque de rato neque iudicatum solui, nomine eius, cuius bona ueneant, exigetur, sed nomine ipsius curatoris, qui eum misit.

Offenbar ähnelt die juristische Stellung eines solchen Curators gar sehr der eines cognitor in rem suam, daher Ulp. 65 fr. 55 de procur. (3. 3) diesen vergleichend heranzieht. Auf die Veräusserungsbefugniss des Curators bezieht sich Ulp. 65 fr. 46 de A. R. D. (41. 1); auf die utiles actiones vergleichsweise Ulp. 65 fr. 3 de fid. lib. (40. 5). Diese letztern entsprachen ohne Zweifel

1) D. (42. 7).

2) Fr. 2 h. t., fr. 55 de procur. (3. 3), fr. 32 de manum. test. (40. 4), fr. 3 de fid. lib. (40. 5), fr. 46 de A. R. D. (41. 1).

3) Fr. 58 pr. de V. S. (50. 16) cf. fr. 2 § 1 h. t.

4) Ganz unrichtig eingeordnet ist diese Rubrik bei **Rudorff**, E. P. § 210. In der Hauptstelle — fr. 2 h. t. — hält dieser den „curator" für eine Interpolation statt „magister"! Vgl. E. P. § 217.

5) Vgl. fr. 2 § 1 h. t.: cuius bona **ueneant**.

6) Fr. 22 § 1 de reb. auct. iud. (42. 5), fr. 15 pr. ex quib. caus. mai. (4. 6), fr. 6 § 4 de tutel. (26. 1), fr. 6 § 2 quib. ex caus. in poss. (42. 4); fr. 1 § 4 de muner. (50. 4), fr. 1 § 1 de cur. bon. (42. 7), fr. 23 § 2. 3 de hered. instit. (28. 5), fr. 8 quib. ex caus. in poss. (42. 4), fr. 2 de feriis (2. 12); fr. 14 pr. de reb. auct. iud. (42. 5).

7) Gai. 24 fr. 58 pr. de V. S. (50. 16).

denen des bonorum emptor: sie waren je nach Umständen mit Fiction oder Umstellung formulirt, und die Legitimation des klagenden Curators konnte nur durch exceptio curatoria zur Cognition des Judex gebracht werden.

§ 225. *QUAE FRAUDATIONIS CAUSA GESTA ERUNT*[1]).

Ulp. 66[2]), Paul. 62[3]), Gai. 24[4]), Iulian. 47[5]).

Ulp. 66 fr. 1 pr. h. t.:

> Ait praetor: QUAE FRAUDATIONIS CAUSA GESTA ERUNT[6]) CUM EO, QUI FRAUDEM NON IGNORAUERIT[7]), DE HIS CURATORE BONORUM UEL EI, CUI DE EA RE ACTIONEM DARE OPORTEBIT[8]), INTRA ANNUM[9]), QUO EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT, ACTIONEM DABO . IDQUE ETIAM ADUERSUS IPSUM, QUI FRAUDEM FECIT[10]), SERUABO.

In obigem Edict darf der curator bonorum keineswegs für interpolirt gehalten werden[11]). Dasselbe steht vielmehr in der allerintimsten Beziehung zu dem im vorigen § erörterten, und gerade erst durch diese Erkenntniss tritt die hier verheissene actio in ihr rechtes Licht[12]). Im vorigen Edict waren dem Curator die actiones des Cridars als utiles verheissen. Hier tritt ergänzend der Satz hinzu, dass eine vom Cridar vorgenommene alienatio in fraudem creditorum in Beziehung auf jene actiones als nicht geschehen gelten solle. Darum ist auch in unserm Edict dem Curator an erster Stelle die actio verheissen, und nur zusatzweise, für den Fall, dass kein Curator ernannt sein und daher die Gläubiger selbst die Bereinigung der Masse in die Hand genommen haben sollten, hinzugefügt: uel ei cui de ea re actionem dare oportebit.

Bemerkenswert ist die Form, in der am Schlusse des Edicts der Prätor erklärt, dass er das Anrecht der Gläubiger auf die in fraudem eorum veräusserten Vermögensbestandteile auch dem fraudator selbst gegenüber in Acht nehmen werde. Das soll gar nicht etwa dahin verstanden werden, dass er jene actio

1) D. (42. 8), C. (7. 75).

2) Fr. 1, 3, 6 h. t., fr. 9 de cond. indeb. (12. 6) cf. fr. 6 § 7 h. t., fr. 9 de obsequiis (37. 15) cf. fr. 5 i. f. eod., fr. 145 de R. I. (50. 17) = fr. 6 § 9 h. t.

3) Fr. 7, 9 h. t., fr. 74 pro socio (17. 2) cf. Cuiac. opp. V c. 790, fr. 144 pr. de R. I. (50. 17) cf. etwa fr. 6 § 7 h. t.; fr. 4 de annuis (33. 1), fr. 65 de condic. (35. 1), fr. 78 de V. O. (45. 1), fr. 144 § 1 de R. I. (50. 17) cf. fr. 78 pr. de V. O.; die letzten vier Stellen gehören einer Untersuchung an, die durch den Umstand angeregt sein mag, dass sich der Anfechtungsklage gegenüber die Vorausbezahlung eines Rentenlegats und die einer Stipulationsschuld „in annos tot dena dare spondes" in ihrer rechtlichen Behandlung wesentlich unterscheiden. Einen blossen Anhang zur Concurslehre im Ganzen bildet fr. 9 de pactis (2. 14), womit zu verbinden fr. 146 de R. I. — vgl. fr. 21 § 1 de pact. (2. 14); fr. 46 de pecul. (15. 1) — falsch Paul. 60 inscr. — s. fr. 28 § 2 (2. 14).

4) Fr. 58 § 1 de V. S. (50. 16) vgl. Ulp. 66 fr. 9 de obseq. (37. 15). Fr. 147 de R. I. (50. 17) vgl. Paul. 62 fr. 46 de pec. (15. 1) s. n. 3.

5) Fr. 17 de m. c. don. (39. 6).

6) Ulp. 66 fr. 1 § 1. 2, fr. 3, 6 pr. — § 7 h. t.

7) Ulp. 66 fr. 6 § 8—13 h. t.

8) Cic. ad Att. I 1 § 3: Caecilius . . . . . a P. Vario cum magna pecunia fraudaretur, agere coepit cum eius fratre A. Caninia Satyro de iis rebus, quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret: una agebant ceteri creditores, in quibus erat . . . . . et is, quem putabant magistrum fore, si bona uenirent, L. Pontius. Vgl. Paul. 62 fr. 7 h. t.: hi, quibus de reuocando . . . . actio datur.

9) Ulp. 66 fr. 6 § 14 h. t.: ex die factae uenditionis.

10) Cf. Venul. fr. 25 § 7 h. t.

11) Vgl. Huschke, Zschr. f. C. Rt. u. Pr. N. F. XIV S. 39, v. Schey, Zschr. f. R. G. XIII S. 148.

12) Auf Detailbesprechung der endlos divergirenden Ansichten über die actio Pauliana kann ich mich hier nicht einlassen. Die Literatur s. bei v. Schey, a. a. O. S. 120 n. 1.

annalis auch gegen den letztern erteilen wolle; so verstanden wäre die Wendung „idque etiam aduersus ipsum, qui fraudem fecit, seruabo“ auffallend farblos. Der Prätor will nichts weiter sagen, als dass auch der fraudator sich auf die fraudulose Veräusserung nicht solle berufen dürfen, und die reguläre Anwendung dieses Satzes ist die: dass, wenn die fraudulos veräusserten Gegenstände noch im Besitze des fraudator sind — bekanntlich ist dies ein unendlich häufiger Fall —, die missio in bona sich ohne Weiteres auch auf sie erstreckt. Damit soll nicht bestritten sein, dass die verheissene actio gegen den Cridar selbst erhoben werden konnte — diese Anwendung ist übrigens keineswegs bewiesen —, sondern nur, dass der Prätor bei seinem „idque . . . . . seruabo“ hieran dachte[1]. Dies hervorzuheben ist desshalb wichtig, weil man den sehr bedenklichen Versuch gemacht hat[2], aus dem Umstand, dass die actio auch gegen den Fraudator erhoben werden könne, Schlüsse auf ihre Formulirung zu ziehen.

Die Formulirung ergibt sich aus dem Zweck der Klage fast von selbst: dieselbe war ficticisch rescissa alienatione[3]. Ohne allen Zweifel ist unsere actio identisch mit der actio Pauliana, von der Paul. fr. 38 § 4 de usur. (22. 1) berichtet:

> In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam, quae in fraudem creditorum alienata sunt, reuocantur, fructus restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset.

Und ebenso ist auch in § 6 I. de action. (4. 6) keine andere actio gemeint als diese Pauliana (wie sie auch von Theophilus in h. l. genannt wird):

> Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.

Freilich zählen die Institutionen die hier beschriebene rescissorische Klage zu den actiones in rem, während Paulus l. c. die actio Pauliana als actio in personam aufführt. Allein diese anscheinende Divergenz löst sich völlig befriedigend durch die Erwägung, dass unsere actio zwar äusserlich in dem Fall des § 6 cit. actio in rem rescissoria ist, ihrem innern Wesen nach aber, weil nicht contra quemcunque possidentem sondern nur gegen den fraudis particeps gerichtet, doch nur actio in personam.

Fragt man nun näher nach der Gestalt der Formel[4], so ist zunächst so viel sicher, dass Rudorffs Reconstruction (E. P. § 221), die das eigentliche Klagfundament in die Fiction hereinzieht,

> Si L. Titius in hoc anno fraudandorum creditorum causa N° N°, cum is fraudem non ignoraret, ... non tradidisset, tum si . . . .

unhaltbar ist.

Näher kommt jedenfalls dem Richtigen Huschke[5]:

1) Dies wird auch durch die in fr. 25 § 7 h. t. geführte Controverse bestätigt, welche Stelle aber nicht von unserer actio, sondern von der formula arbitraria aus dem interdictum fraudatorium handelt.

2) v. Schey, Zeitschr f. Rechtsgesch. XIII S. 130 fg.

3) In Bas. IX 8, 1 wird sie als οὐτιλία bezeichnet.

4) Alle bisher gemachten Formulirungsversuche (vgl. z. B. neuerdings wieder v. Schey, a. a. O. S. 158) zu besprechen, ist schon desshalb unmöglich, weil diese zum Teil von ganz anderm Standpunkte ausgehen.

5) a. a. O. S. 66.

Quod a Lucio Titio fraudationis causa N° N°, qui eam fraudem non ignorauit, fundus Cornelianus uenditus, mancipio datus et traditus est, si is fundus N° N° uenditus, mancipio datus et traditus non esset, tum si paret eum in bonis Lucii Titii mansisse, iudex et rel.

Indess leidet auch diese Formel noch an einem schweren Mangel: unmöglich kann die echte Formel auf die Fiction des in bonis esse gestützt gewesen sein[1]). Alle uns in den Quellen überlieferten Fictionen sind Fictionen civiler Berechtigung oder Verpflichtung; anderweite Fictionen sind nicht nur unerhört und an sich unwahrscheinlich, sondern auch eine ganz zwecklose Weitläufigkeit. Gesetzt der fundus war nicht mancipirt, sondern nur verkauft und tradirt, war es nicht viel natürlicher, dass dann der Curator einfach die rei uindicatio anstellte und abwartete, ob die exceptio rei uenditae ac traditae opponirt werde, um dieser dann mit einer replicatio zu begegnen? Allerdings lautet die Institutionenstelle wirklich so, als ob fingirt worden wäre: si non tradidisset, tum si in bonis esset. Allein es liegt doch auf der Hand, dass die Institutionenverfasser nach Abschaffung der Mancipation und des ex iure Quiritium unmöglich den classischen Schriftsteller, den sie hier bearbeiteten, seinem ursprünglichen Wortlaut nach bringen konnten: wie mag man daher ihr Machwerk als Grundlage für die Reconstruction benutzen! Meiner Ueberzeugung nach lautete die Pauliana in rem etwa so[2]):

Si quem hominem L. Titius in hoc anno fraudationis causa N° N°, qui eam fraudem non ignorauit[3]), *mancipio dedit, L. Titius N° N° mancipio non dedisset, tum si pareret eum hominem q. d. a. ex iure Quiritium L. Titii esse, si ea res arbitrio tuo non restituetur*[4]), *q. e. r. e., tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.*

Ganz entsprechend wurden auch die civilen actiones in personam restituirt. Die in factum concipirten prätorischen Actionen bedurften natürlich keiner ficticischen Formel, wogegen bei den ficticischen die Paulianische Fiction zu der gewöhnlichen hinzutrat[5]).

Tit. XLII.

§ 226. DE RE IUDICATA[6]).

Ulp. 66[7]), Paul. 62[8]), Gai. ad ed. pr. urb. tit. de re iudicata[9]).
Gai. IV 9:

1) Vgl. auch Voigt, Condictionen n. 744, v. Schey, a. a. O. S. 128 fgg.

2) Vgl. auch Voigt, a. a. O. S. 784 fg., Schrader zu § 6 I. de act. (4. 6). Gegen v. Schey, a. a. O. S. 130, s. S. 352.

3) Utilis: *donandi causa N° N° mancipio dedit* (detracta scientiae mentione): Ulp. 66 fr. 6 § 11 h. t. Aehnlich fr. 6 § 10. 13 h. t.

4) Zu Paul. fr. 38 § 4 de usur. (22. 1) (verbum „restituas“, quod in hac re praetor dixit) vgl. unten § 268.

5) Dies gegen Huschke, a. a. O. S. 53.

6) D. (42. 1), C. (7. 52).

7) Fr. 6, 18 h. t., fr. 56 de procur. (3. 3) — letztere Stelle gehört der Untersuchung der Frage an, wem aus Prozess des Vertreters die actio iudicati zustehe —, fr. 13 de compens. (16. 2) — compensatio und deductio gegenüber der actio iudicati?

8) Fr. 56 de solut. (46. 3).

9) Fr. 7 h. t., fr. 2 de act. rer. amot. (25. 2). Letztere Stelle anlangend, so mag Gaius etwa

. . . . aduersus infitiantem in duplum agimus . . . . per actionem iudicat*i*.

Vgl. Gai. IV 171, Paul. sent. I 19 § 1.

Dass die actio iudicati an dieser Stelle des Edicts proponirt war, dafür liefert, wie schon oben (S. 327) bemerkt, fr. 6 de re iud. durch seine Inscription den vollen Beweis.

Hinsichtlich der Formel fehlen uns fast alle Anhaltspunkte. Was Bethmann-Hollweg[1]) als solche beibringt, ist von keiner Bedeutung. Ob und in wie weit die legis actio bei Gai. IV 21 in die Formel übergegangen ist, wissen wir nicht. Der von Bethmann-Hollweg als solenn bezeichnete Ausdruck „iudicatum facere oportere“ — Gai. III 180 — kommt nur vereinzelt vor[2]) und braucht so wenig formelmässig zu sein, wie das bei Gai. l. c. ebenfalls erwähnte condemnari oportere. Das Edict endlich in fr. 4 § 3 h. t., worauf sich B.-H. ebenfalls bezieht, geht, wie in § 198 nachgewiesen, gar nicht auf die formulirte actio iudicati, sondern auf die Personalexecution.

Hienach scheint mir das Ratsamste, auf Hypothesen ganz zu verzichten. Wohin diese führen, das erweisen die Reconstructionsversuche Bethmann-Hollwegs (a. a. O.) und Rudorffs (E. P. § 198). Beide Schriftsteller glauben zwei verschiedene Formeln annehmen zu sollen. B.-H. construirt für die actio iudicati aus iudicium legitimum eine actio ad legis actionem expressa:

> Quod N^s N^s A^o A^o sestertium X milia condemnatus est: si A^s A^s N^o N^o manus iniecisset: tum quidquid N^m N^m A^o A^o dare facere oporteret: eius, iudex, N^m N^m A^o A^o duplum condemna.

Diese Formel ist monströs. Ein „quidquid d. f. oportet“ gegründet auf die Fiction einer legis actio per manus iniectionem! Wann in aller Welt war denn die Folge der letztern eine obligatio incerti des iudicatus? Sollte die Fiction durchgeführt werden, so hätte es offenbar heissen müssen „quantam pecuniam uindicem ab eo datum condemnari oporteret, tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.“

Auf Grund eines iudicium imperio continens gewährt B.-H. eine in factum actio:

> S. p. N^m N^m A^o A^o sestertium X milia condemnatum esse eamque pecuniam intra legitimum tempus solutam non esse: quanti ea res erit, tantae pecuniae duplum et rel.

Auch diese Formel ist sehr auffallend. Decem milia quanti ea res erit! B.-H. wählt diese Form, weil er glaubt, die actio iudicati habe wegen der Urteilszinsen eine condemnatio incerta haben müssen. Allein erstens ist die Verpflichtung zur Zahlung von Urteilszinsen wahrscheinlich jünger als das Hadrianische Edict[3]). Zweitens ist nirgends gesagt, dass in der actio iudicati

hervorgehoben haben, dass die actio iudicati gegen die Ehefrau auch dann angestellt werden könne, wenn das Judicat auf eine turpis actio ergangen sei.

1) C. P. II S. 635 n. 28.

2) Gewöhnlich finden wir iudicatum facere debere oder cogi oder compelli: s. z. B. fr. 6 de feriis (2. 12), fr. 35 de nox. act. (9. 4), fr. 45 § 1 de iudic. (5. 1), fr. 45 de fideiuss. (46. 1).

3) Die Digesten erwähnen dieselbe nirgends. Im Codex kommen die gesetzlichen Urteilszinsen zuerst in einem Rescript Caracalla's vor: c. 1 de usur. rei iud. (7. 54), wo aber von einem Privileg des Fiscus die Rede zu sein scheint. In c. 13 i. f. de usur. (4. 32) — Alexander

auch die Urteilszinsen duplirt wurden. Die intentio B.-H.'s erregt nicht minder Bedenken. „S. p. . . . . condemnatum esse"? Wo in den Quellen die Frage nach der Giltigkeit eines Urteils als Streitpunkt erwähnt wird, ist immer das Wort „iudicatum" gebraucht[1]); so heisst auch die actio „iudicati actio", und in der legis actio (Gai. IV 21) heisst es „iudicatus siue damnatus" oder vielleicht auch bloss einfach „iudicatus[2])". Weiter: „eamque pecuniam intra legitimum tempus solutam non esse". Wie, wenn die Summe post legitimum tempus bezahlt war? war dann die actio iudicati gleichwohl zuständig und bedurfte es einer exceptio?

Rudorff unterscheidet, anders als B.-H., zwischen dem Fall, si legitimo iudicio in personam actum fuerit ea formula, quae iuris ciuilis habet intentionem, und den übrigen möglichen Fällen[3]). Dort formulirt er in ius:

> Quantae pecuniae paret N^m N^m ab illo iudice A^o A^o condemnatum, iudicatum facere oportere, tantae pecuniae dupli . . . .

Hier in factum:

> S. p. . . . . iudicatum esse, quanti ea res est, tantae pecuniae duplum . . . .

Beide Formeln sind aus dem bereits von mir widerlegten Grunde als incertae gedacht; die erste dürfte schon grammatisch schwer zu construiren sein. Die ganze Rudorff'sche Unterscheidung schwebt aber in der Luft, da sie in dem, was Gai. IV 106 sq. von der consumirenden Wirkung des Urteils sagt, keinerlei Rechtfertigung findet.

Ich meinerseits glaube nur folgende Punkte hervorheben zu sollen. Einmal: die actio iudicati gehörte, so weit wir sehen können, wie sie auch gelautet haben mag, dem prätorischen Rechte an; dies ergibt sich[4]) aus der Bemerkung in fr. 6 § 3 h. t. ict. fr. 35 pr. de O. et A. (44. 7). Zweitens: dass sie im Fall des legitimum iudicium anders gelautet als in dem des imperio continens, ist wahrscheinlich, aber nicht erwiesen. Drittens: dafür, dass das Civilrecht in irgend einer Weise, vielleicht durch Fiction, in die Formel hereinspielte, spricht der Umstand, dass nach Gai. III 173 die Judicatschuld per aes et libram getilgt zu werden pflegte. —

Neben der actio iudicati finden wir in den Quellen mehrfach ein vom verurteilten Beklagten ausgehendes „sententiam in duplum reuocare" erwähnt.

Cic. pro Flacco c. 21 § 49:

> frater meus . . . . decreuit, ut, si iudicatum negaret, in duplum iret . . . .

Paul. sent. V 5ª § 8:

> Res olim iudicata post longum tempus in iudicium deduci non potest nec eo nomine in duplum reuocari.

Vgl. noch Paul. sent. V 5ª § 7 [5], c. 1 C. Greg. quib. res iud. (10. 1).

— liegt die Annahme einer Interpolation sehr nahe. Richterlich verordnete Urteilszinsen finden sich unter Sever und Caracalla: c. 1 de sent. quae sine certa quant. (7. 46).

1) Vgl. fr. 1 pr. quae sent. sine app. (49. 8), fr. 11 de transact. (2. 15), Cic. pro Flacco c. 21 § 49. „Condemnatum" scheint die auch bei Ungiltigkeit des Urteils immerhin vorhandene Tatsache zu bezeichnen, daher in fr. 2 pr. quae sent. sine app. (49. 8): inefficaciter condemnatum.

2) Nämlich wenn man liest „IUDICATUS (siue DAMNATUS)". So Krüger-Studemund.

3) So dürften wohl die etwas undeutlichen Bezeichnungen bei R., E. P. § 198 g. E., zu verstehen sein.

4) Vgl. auch Bethmann-Hollweg, a. a. O. n. 29.

Der Ausdruck passt an sich auch auf die mit dem periculum dupli verbundene Uebernahme der actio iudicati, und es ist sehr wahrscheinlich, dass er diese defensive Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten mit umfasst[1]). Jedenfalls aber bezeichnet er auch eine hievon unterschiedene offensive Nichtigkeitsbeschwerde[2]), über deren Form wir nicht unterrichtet sind: es könnte etwa an ein präiudicium an iudicatum sit[3]), unter vom condemnatus anzubietender Pönalsponsion, gedacht werden, wobei Verweigerung der Einlassung Denegation der actio iudicati nach sich gezogen hätte. Unerweislich und innerlich unwahrscheinlich ist die Annahme Bethmann-Hollwegs[4]), die reuocatio in duplum sei eine Rückforderung des gezahlten Judicats mit der poena dupli gewesen. —

Ein besonderes, dem unterlegenen Kläger zuständiges, Rechtsmittel zur Anfechtung der nichtigen absolutorischen Sentenz scheint es nicht gegeben zu haben. Doch stand es ihm frei, die abgewiesene Klage von Neuem zu erheben und der exceptio rei iudicatae mit der Behauptung der Nichtigkeit zu begegnen[5]). Wie ihm geholfen wurde, wenn zwar das Urteil nichtig, das iudicium aber an sich rechtsbeständig, die abgewiesene actio also consumirt war (Restitution?), und ob ferner die Behauptung der Nichtigkeit für den abgewiesenen Kläger ganz gefahrlos war, — auf diese naheliegenden Fragen müssen wir die Antwort schuldig bleiben. —

Noch ist schliesslich zu bemerken, dass aus dem extra ordinem vom Magistrat gefällten Spruch statt der eigentlichen actio iudicati eine actio pro iudicati erteilt worden zu sein scheint[6]).

Tit. XLIII.

DE INTERDICTIS.

Ulp. 67[7])—73, Paul. 63[8])—68, Gai. 25. 26, Iulian. 48. 49, Venulei. lib. 1—6 interdict.

Einleitung.

Ehe zur Untersuchung der einzelnen Interdicte geschritten werden kann, sind einige Formulirungsfragen von allgemeiner Bedeutung zu erledigen.

1) Rudorff, Zschr. f. gesch. R. W. XIV S. 311 fgg., Keller, C. Pr. n. 983. Vgl. namentlich auch c. 1 C. Greg. cit. A. M. Puchta, Curs. d. Instit. § 181, Bethmann-Hollweg, C. P. II S. 726.

2) Cic. pro Flacco l. c.

3) Ob fr. 1 pr. quae sent. sine app. (49. 8) und fr. 11 de transact. (2. 15) hieher gehören, muss dahin gestellt bleiben. Die Auslegung ersterer Stelle durch Bremer, Rhein. Mus. f. Philol. XXI S. 44, vermag ich ebenso wenig zu acceptiren wie die Rudorffs, Zschr. f. gesch. R. W. XV S. 261.

4) C. P. II S. 725 fgg.

5) Paul. sent. V 5a § 8. Dazu Huschke, iurispr. auteiust. ad h. l. Post longum tempus stand nach dieser Stelle der abgeurteilten Klage eine exceptio longi temporis entgegen, die der Beklagte dann also mit der exceptio rei iudicatae verbinden musste. Falsch ist die Auslegung der Stelle durch Cuiac. opp. I c. 477.

6) Ulp. 4 fr. 7 § 13 de pact. (2. 14), dazu das schol. 30 in Basil. ed. Heimb. I p. 572. Vgl. oben S. 330.

7) Einleitung: fr. 1 de interd. (43. 1).

8) Einleitung: fr. 2 eod.

I. Bei den **restitutorischen** und **exhibitorischen** Interdicten kann sich bekanntlich je nach dem Verhalten des Beklagten das Verfahren verschieden gestalten. Verlangt derselbe „antequam ex iure exeat" einen arbiter, dann, so heisst es bei Gai. IV 163:

> accipit formulam quae appellatur arbitraria[1]), et iudicis arbitrio, si quid restitui uel exhi*b*eri debeat, id sine periculo exhib*et* aut restituit, et ita absoluit*ur:* quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est[2]), condemnat*ur*.

Dagegen (Gai. IV 165):

> si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad ex*i*tum perducit*ur:* nam actor prouocat aduersarium sponsion*e*, (*quod*) contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit: ille autem aduersus sponsionem aduersarii restipulatur: deinde actor quidem sponsionis formulam edit aduersario: ille huic inuicem restipulationis: sed actor sponsionis f*ormulae subicit* et aliu*d* iudicium de re restituenda uel exhibenda, ut, si sponsione uicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur, *quanti ea res erit, aduersarius ei condemnetur*.

Dieser Bericht gibt zu folgenden Fragen Anlass.

1) Ist von den Worten, in denen der Prätor die Möglichkeit dieses doppelten Verfahrens andeutete, etwas erhalten? Prob. Einsidl. 70 hat die Abkürzung

> R. A. Q. E. I. E. = restitutus antequam ex iure exeas.

Das offenbar fehlerhafte restitutus verbessert **Mommsen**, welchem **Huschke** und **Krüger** folgen, in restituas, und auf Grund dieser Conjectur hängt **Rudorff**[3]) allen restitutorischen und exhibitorischen Interdicten, hinter dem in den Digesten überlieferten restituas oder exhibeas, die Worte an: antequam ex iure exeas. Der erste Eindruck, den diese Formulirung macht, ist ohne Zweifel kein günstiger: würde doch hienach ein Beklagter, der z. B. trotz operis noui nuntiatio fortgebaut oder der den Kläger aus einem einige Tagereisen entfernten Grundstück dejicirt hatte, die gar nicht ausführbare Anweisung erhalten haben, sofort in iure zu restituiren. Gleichwohl wage ich nicht, die **Rudorff**'sche Vermutung für schlechtweg unmöglich zu erklären[4]). Wir wissen aus Gaius, dass, sobald der Beklagte tacitus, d. h. ohne den arbiter zu erbitten, sich ex iure entfernte, der Kläger das Sponsionsverfahren einleiten konnte:

> actor prouocat aduersarium sponsion*e*, (*quod*) contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit.

Ohne Erbittung des arbiter nützte also dem Beklagten der beste Wille, baldigst zu restituiren, nicht das Geringste. Der Kläger brauchte ihm keinerlei Frist

1) Vgl. Ulp. fr. Vindob. § 5.

2) Auch bei den Interdicten zum Schutze der loca sacra und religiosa? Man möchte hier eher eine condemnatio in bonum et aequum concepta vermuten. Doch spricht Gaius allgemein, und **undenkbar** ist die Fassung „quanti ea res est" nirgends.

3) Vgl. denselben in Zschr. f. R. G. III S. 6 fg.

4) Dies tut der Referent (Adolf Schmidt) im liter. Centralblatt 1869 S. 420. **Rudorff** selbst scheint an der Formulirung überhaupt gar nichts Auffallendes gefunden zu haben; a. a. O. bespricht er dieselbe so, als ob das Wort „restituas" mit „arbitrum postules, ut eius arbitrio restituas" völlig identisch wäre. Es bedarf dies m. E. kaum der Berichtigung. Man kann natürlich auch „per arbitrum" restituiren — Cic. pro Tullio c. 23 § 53 —, aber die Erbittung des Arbiter ist noch nicht die Restitution selber.

zu gewähren. Danach aber muss das prätorische Decret notwendig den Sinn gehabt haben „restituas antequam ex iure exeas“: sonst hätte der Beklagte sich im Sponsionsprozess mit Recht durch die Behauptung verteidigen können, ein Verfehlen gegen das prätorische Gebot liege nicht vor, da ihm die zum Gehorsam notwendige Zeit nicht gelassen worden sei, eine Verteidigung, die natürlich durchaus unzulässig war. Ist dem aber so, dann lässt sich gewiss Manches dafür sagen, dass das „antequam ex iure exeas“ auch ausdrücklich in jedem Interdict stand, um dem Missverständniss vorzubeugen, dass der Befehl sich mit der zu seiner Befolgung notwendigen Frist verstehe, und wir dürfen an der Unausführbarkeit des „restituas antequam ex iure exeas“ keinen Anstoss nehmen. Der ganze Befehl erscheint dann als eine blosse Form, die den Zweck hat, die Grundlage für die zu erwartende Sponsion abzugeben, welch letztere, um dem Beklagten alle Möglichkeiten berechtigter Verteidigung[1]) offen zu lassen, auf „si aduersus edictum non restituisti“ gestellt sein musste. Die materielle Bedeutung des „antequam ex iure exeas“ würde bei dieser Auffassung nicht im concreten Befehl zu suchen sein, sondern in der allgemeinen Norm, die in dem proponirten Interdictsformular verborgen ist. Restituire bei Zeiten, so warnt der Prätor im Album: denn bist du erst in iure, so lasse ich dir keine Zeit mehr dazu. Nehmen wir an, dass der Prätor nicht schlechtweg „restituas antequam ex iure exeas“ sagte, sondern daneben für den Fall, dass die sofortige Restitution nicht möglich sein sollte, sogleich die Alternative stellte, den Arbiter zu erbitten, so wird auch das Auffallende der Form gemildert.

Trotzdem sich nun, wie gezeigt, sehr viel für die Rudorff'sche Vermutung beibringen lässt, kann ich mich doch nicht entschliessen, seinem Beispiel zu folgen. Denn Alles in Allem betrachtet, handelt es sich doch nur um eine Hypothese, die durch den vereinzelten Satz aus Probus, wo das wichtigste Wort gar erst durch Conjecturalkritik hergestellt werden muss, nicht hinreichend beglaubigt erscheint. Der Prätor hatte auch noch andere Wege, um seine Absicht klarzustellen, — man denke nur an die aus den Quellen freilich nicht zu erweisende, aber auch nicht zu widerlegende Möglichkeit eines allgemeinen Edicts über das Interdictenverfahren —: dass er jenen Weg eingeschlagen, ist möglich, vielleicht wahrscheinlich, aber nicht erwiesen.

2) Wie lautete die formula arbitraria? Hierauf ist zu antworten, dass wir über deren Fassung nicht unterrichtet sind und dass daher der Versuchung, sie für die einzelnen Interdicte zu reconstruiren, zu widerstehen ist. Sicher unrichtig sind Rudorffs Reconstructionen, die durchweg mit einem vorangestellten „Si paret“ die Voraussetzungen des Restitutions- oder Exhibitionsbefehls ausdrücklich zum Beweis stellen (z. B. si paret . . . . prohibente A° A° . . . opus factum esse). Wäre die Formel so gefasst gewesen, so hätte Proculus nimmermehr die von Gai. IV 163 überlieferte irrige Meinung gewinnen können, in der Erbittung des arbiter liege das Zugeständniss der Restitutions- oder Exhibitionspflicht[2]). M. E. muss die Formel, wenn sie neben

1) Nämlich die Verteidigung, dass die Voraussetzungen des Restitutionsbefehls fehlten, und die, dass schon früher restituirt sei.

2) Vgl. Gai. l. c.: quasi hoc ipso confessus uideatur restituere se uel exhibere debere.

der richtigen auch diese falsche Auslegung zulassen sollte, einfach den Inhalt des Interdicts reproducirt haben, also beispielsweise etwa:

> *Quod opus . . . . . . ui aut clam factum est, si arbitratu tuo non restituetur, quanti ea res erit,* et rel.

Je nachdem man in einer solchen Formel den Inhalt des demonstrationsähnlichen Anfangssatzes als nach Auffassung des Prätors feststehend oder, wie jede andere demonstratio, als im Bestreitungsfalle beweisbedürftig ansah, musste man zu der Proculianischen oder zur recipirten Sabinianischen Auffassung kommen.

3. Wie lauteten die Sponsionen? Für ein Interdict — das Quorum bonorum — ist uns der Anfang der sponsio bei Cic. ad famil. VII 21 in den Worten erhalten:

> SI BONORUM TURPILIAE POSSESSIONEM Q. CAEPIO PRAETOR EX EDICTO SUO MIHI DEDIT.

Ohne Zweifel im Wesentlichen richtig hat Huschke[1]) im Anschluss an diese Ueberlieferung die ganze Sponsion folgender Massen reconstruirt:

> *Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides (possideresue si nihil usucaptum esset)*[2]) *quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id si contra illius praetoris edictum mihi non restituisti, tot nummos dare mihi spondes? spondeo.*

Diese Sponsion reproducirte also den Gesammtinhalt des Interdicts in seiner concreten Fassung, und sicherlich werden wir ein Gleiches auch für die Sponsionen bei sehr vielen andern Interdicten anzunehmen haben. Dass diese Fassung aber die ausnahmslose Regel und zwar nicht bloss bei den restitutorischen und exhibitorischen, sondern auch bei den prohibitorischen Interdicten gebildet habe[3]), ist doch wohl mehr behauptet als sich beweisen lässt. Je nach der Fassung des Interdicts konnte es sich im Interesse der Klarheit empfehlen, statt einer Reproduction sich mit einer Rückverweisung auf den Inhalt des Interdicts zu begnügen; es lässt sich durchaus nicht absehen, warum der Prätor nicht mitunter auch diesen Weg beschritten haben sollte, und wenn Gai. IV 166[a] bei den zweiseitigen prohibitorischen Interdicten die Aufgabe des iudex sponsionis dahin präcisirt:

> illud scilicet requirit (*quod*) praetor interdicto complexus est,

so spricht dies m. E. dafür, dass mindestens hier die Sponsion für sich allein den Judex nicht genügend instruirte[4]).

Die Höhe der Sponsionssumme wurde aller Wahrscheinlichkeit nach durch Eid des Klägers bestimmt — quanti actor iurauerit non calumniae causa se

1) Studien des röm. R. (1830) S. 11. Vgl. Schmidt, das Interdiktenverfahren der Römer (1853) S. 243 fg.

2) Das Eingeklammerte lässt Huschke als erst Hadrians Zeit angehörig weg. S. dagegen Leist, B. P. I S 101—107, Serie der Bücher 37. 38 I S. 379 fgg.

3) Schmidt, a. a. O. S. 243.

4) Sie lautete wohl nur einfach (vgl. Gai. IV 166): Si aduersus edictum praetoris possidenti mihi fundum Cornelianum uis facta est. Man versuche beispielsweise das interdictum de migrando in eine Sponsion umzugiessen, und man wird erkennen, dass derart abgekürzte Fassungen auch sonst nicht entbehrt werden konnten.

postulare sponsionem fieri[1]) —, jedoch innerhalb der Maximalgrenze des Streitwerts[2]) und mit Moderationsrecht des Prätors.

4. Das bei Gai. IV 165 i. f. erwähnte, an den Sponsionsprozess sich anschliessende iudicium de re restituenda uel exhibenda ist ohne Zweifel identisch mit dem bei den prohibitorischen Interdicten (Gai. IV 166ª. 169) vorkommenden, gleichem Zwecke dienenden iudicium Cascellianum siue secutorium. Da die betreffende Formel stets unmittelbar an die auf Grund der Sponsion erteilte angeschlossen wurde — Gai. IV 165 —, so war hier eine erneute Detaillirung des Tatbestands überflüssig und Gai. l. c. dürfte mit den Worten

si sponsione uicerit, nisi ei res exhibeatur (aut restituatur),

die Condemnationsbedingung, die hier bei allen Interdicten gleichlautend war, vollständig wiedergegeben haben[3]).

II. Bei den prohibitorischen Interdicten müssen wir, was das Verfahren anlangt, zwischen den interdicta simplicia und duplicia unterscheiden. Das Verfahren bei den letztern lässt sich aus dem wenn auch verstümmelten Bericht des Gaius noch ziemlich deutlich erkennen und wird, soweit für unsern Zweck nötig, gelegentlich des interdictum Uti possidetis unten noch besprochen werden. Hinsichtlich der interdicta simplicia sind wir, da die von ihnen handelnde Stelle im Cod. Veron. nicht zu lesen ist, auf Vermutungen angewiesen, die aber in dem, was wir von den duplicia wissen, und in der allgemeinen Aeusserung des Gaius (IV 141)[4]):

ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet . . . .

einen festen Anhaltspunkt haben. Wegen der Fassung der Sponsion, die hienach hier immer das weitere Verfahren eröffnete, ist auf das oben Gesagte zu verweisen. An die formula sponsionis schloss sich ohne Zweifel ganz wie sonst auch hier das iudicium secutorium[5]). Was dessen Fassung anlangt, so bemerkt Schmidt[6]) mit Recht, dass hier eine formula arbitraria in dem Sinn, wie wir sie bei den exhibitorischen und restitutorischen und auch bei den zweiseitigen Interdicten finden, vielfach nicht denkbar ist. Möglich ist sie da, wo das Interdict eine Anlage untersagte und diese gleichwohl gemacht worden ist, möglich auch da, wo Jemanden interdictswidrig ein Besitz oder Genuss entzogen ist: denn hier ist ein rem restituere gedenkbar. Wo dagegen das interdictswidrige Handeln sich nicht in einem dauernden Zustand verkörpert — Schmidt führt als Beispiel das Interdict „Quo minus illi uia publica itinereue publico ire agere liceat, uim fieri ueto“ an —, da würde ein „neque

1) Aehnlich wie beim Vadimonium, Gai. IV 186. S. auch Huschke, iurispr. anteiust. zu Gai. IV 165.

2) Vgl. fr. 1 pr. uti poss. (43. 17): neque pluris quam quanti res erit (scil. *sponsionem fieri permittam*). Vgl. unten § 247.

3) Danach würde die ganze Formel etwa gelautet haben: *Si As As Nm Nm sponsione uicerit neque ei arbitrio tuo res restituetur* (*exhibebitur*), *q. e. r. e.* et rel. Ganz ähnl. Schmidt, a. a. O. S. 258, der durch Schirmer, prätor. Judicialstip. S. 65 fg., nicht widerlegt ist.

4) Cf. Ulp. fr. Vindob. § 5.

5) Wie, wenn der Beklagte beim interdictum simplex cetera ex interdicto non facit? Gibt es auch hier interdicta secundaria? Dafür Demelius, Confessio S. 171, mit guten Gründen. Aber dagegen scheint mir zu sprechen, dass die interdicta secundaria bei Gai. IV 170 allem Anschein nach zum ersten Male erwähnt sind, während von den interdicta prohibitoria simplicia aller Wahrscheinlichkeit nach schon in der Lücke vor Gai. IV 166 die Rede war. Vgl. auch Bekker, Aktionen II S. 54 in der Note.

6) a. a. O. S. 261.

ea res arbitrio tuo restituetur" offenbar sinnlos sein. Demgemäss construirt für solche Fälle Schmidt das iudicium secutorium als einfache Schadenersatzklage auf quanti ea res erit, und auch ich halte diese Fassung für wahrscheinlich, wenn gleich nicht für völlig gesichert. Nicht für völlig gesichert aus folgendem Grunde: die prohibitorischen Interdicte verfolgen den Zweck das verbotene Handeln dauernd auszuschliessen. Das officium iudicis im iudicium secutorium erschöpfte sich daher nicht in der blossen Geldcondemnation wegen des bereits angerichteten Schadens, sondern der iudex musste je nach Lage des Falls durch Auferlegung von Cautionen für die Zukunft Vorsorge treffen[1]). Wahrscheinlich ist nun allerdings, dass diese Ausdehnung des officium iudicis in der Formel des iudicium secutorium, so weit sie nicht auf „neque ea res restituetur" gestellt werden konnte, überhaupt nicht zum Ausdruck kam; sind doch auch die Servitutklagen, wo sich ganz die gleiche Erwägung geltend macht, nicht arbiträr[2]). Möglich aber bleibt doch auch die gegenteilige Annahme[3]), so dass es mir am ratsamsten scheint, sich hier der Entscheidung zu enthalten.

III. Das Geschworenenamt lag bei den Interdicten bald in der Hand eines Einzelrichters bald in denen von Recuperatoren[4]), und zwar ging das Verfahren per formulam arbitrariam bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten nach dem oben angeführten Bericht des Gaius stets vor einem iudex oder arbiter vor sich[5]), wogegen uns für das Verfahren per sponsionem und folglich auch für die daran sich anschliessenden Judicien sowohl iudex[6]) als Recuperatoren[7]) bezeugt sind, ohne dass wir die Voraussetzungen kennen, unter denen die eine oder andere Art von Geschworenen eintrat[8]). —

Die im Obigen (I—III) besprochenen Punkte werden bei den einzelnen Interdicten nicht weiter berührt werden, ausser wo die Quellen für dieselben spezielle Ausbeute gewähren. Auf Reconstruction der Sponsionen und Formeln habe ich durchweg verzichtet.

§ 227. QUORUM BONORUM[9]).

Ulp. 67[10]), Paul. 63[11]).

Ulp. 67 fr. 1 pr. h. t.:

Ait praetor: QUORUM BONORUM[12]) EX EDICTO MEO[13]) ILLI POSSESSIO DATA EST[14]), QUOD DE HIS BONIS PRO HEREDE[15]) AUT PRO POSSESSORE[16]) POSSIDES[17])

1) Fr. 2 § 18 ne quid in loco publ. (43. 8), s. auch fr. 2 § 28 eod.

2) Vgl. § 73.

3) Das will sagen: möglich bleibt eine anderweite Satisfactionsclausel („neque eo nomine satisfiet" oder wie man sie sonst fassen will).

4) Gai. IV 141.

5) Vgl. auch z. B. fr. 7 § 3 i. f., fr. 15 § 7. 9. 11, fr. 21 pr. quod ui (43. 24).

6) Gai. IV 166a.

7) Cic. pro Caec. passim.

8) Schmidt, a. a. O. S. 252.

9) D. (43. 2), C. (8. 2).

10) Fr. 1 h. t., fr. 12, 42 de h. p. (5. 3), fr. 4 de a. u. a. p. (41. 2), fr. 2 de castr. pec. (49. 17), fr. 149 de R. I. (50. 17).

11) Fr. 5 de a. u. a. p. (41. 2).

12) Ulp. 67 fr. 1 § 1 h. t., fr. 2 de castr. pec. (49. 17), Gai. III 34.

13) Cf. Cic. top. c. 4 § 18, ad fam. VII 21.

14) Prob. Einsidl. 33: P. D. E. = possessio data est.

15) Ulp. 67 fr. 42 de h. p. (5. 3).

16) Ulp. 67 fr. 12 de h. p. (5. 3), Paul. 63 fr. 5 de a. u. a. p. (41. 2).

17) Ulp. 67 fr. 4 de a. u. a. p. (41. 2), Paul. 20 fr. 2 h. t. Vgl. auch schol. Veron. Zschr. f. gesch.

POSSIDERESUE SI NIHIL USUCAPTUM ESSET[1]), QUODQUE[2]) DOLO MALO FECISTI[3]), UTI DESINERES POSSIDERE[4]), ID ILLI RESTITUAS.

Cf. Gai. IV 144.

Wegen der sponsio vgl. Cic. ad fam. VII 21:

. . . sponsionem illam nos sine periculo facere posse: SI BONORUM TURPILIAE POSSESSIONEM Q. CAEPIO PRAETOR EX EDICTO SUO MIHI DEDIT.

Hiezu oben S. 359.

§ 228. QUOD LEGATORUM[5]).

Ulp. 67[6]), Paul. 63[7]).

Das interdictum Quod legatorum stand, wie das Quorum bonorum, nur dem bonorum possessor zu. Dies ergibt sich einmal aus der Tatsache, dass es in dem Interdictenwerk[8]), woraus fr. Vat. 90 genommen ist, unter der Rubrik behandelt ist:

in eum, qui legatorum nomine non uoluntate eius, cui bonorum *pos*-*ses*sio data erit, possidebit;

zweitens aus dem bei Paul. 63 fr. 2 § 1 h. t. erhaltenen Stück des Interdicts:

si per bonorum possessorem non stat, ut satisdetur.

Erst die Compilatoren haben durch zahlreiche Interpolationen das Interdict auch dem heres zugänglich gemacht. Interpolirt haben sie vor Allem statt des edictalen „non uoluntate eius, cui bonorum possessio data est," die Worte „non uoluntate eius, ad quem ea res pertinet". Diese Interpolation erweist sich durch die Vergleichung von fr. 1 § 11 h. t. mit fr. Vat. 90; sie wird bestätigt durch die Erwägung, dass für die Verwendung des so auffallend farblosen „eius ad quem ea res pertinet" hier für den Prätor gar kein Anlass war, und durch den Umstand, dass in den erhaltenen Fragmenten des Ulpianschen Commentars zwar ausführlich die Worte „non uoluntate eius" erläutert sind[9]), nicht aber das doch sehr erläuterungsbedürftige „ad quem ea res pertinet". Die Compilatoren haben ferner in den Ulpianschen Commentar in einer Reihe von Stellen den heres neben den bonorum possessor eingefügt oder gar diesen durch jenen ersetzt. Und sie haben endlich in fr. 1 § 4 h. t., ungeschickt genug, das von Ulpian genannte interdictum Quorum bonorum durch die hereditatis petitio verdrängt[10]).

R. W. XV S. 126, dazu Zachariä v. Lingenthal, Gesch. d. griech.-röm. R. (2te Aufl.) n. 548.

1) Vgl. hiezu Leist, Serie der Bücher 37. 38, I S. 375 fgg.

2) *Flor.* quod quidem. Vgl. Savigny, verm. Schriften II S. 228.

3) Prob. Einsidl. 14: D. M. F. = dolo malo fecisti.

4) Gai. 10 fr. 68 § 1 pro socio (17. 2): .... ex interdictis ....., in quibus ita est: „quod dolo fecisti, ut desineres possidere". Vgl. c. 2 h. t.

5) D. (43. 3), C. (8. 3). Die von Rudorff, E. P. § 223, acceptirte Lesart der Codexrubrik „Quorum legatorum" ist nicht die des Veron.

6) Fr. 1 h. t., fr. 1 de legat. I.

7) Fr. 2 h. t.

8) Des Venuleius? Schwerlich: vorausgesetzt, dass, was doch wahrscheinlich, fr. Vat. 91. 92 demselben Interdictenwerke entstammen. Denn die in letztern Fragmenten behandelten Materien fallen bei Venuleius nicht in lib. 2 und 4, sondern in lib. 1.

9) Fr. 1 § 11. 12. 14. 15 h. t.

10) Ursprünglich hiess es l. c.: Quorum bonorum et hoc interdictum reddendum, ut siue quis pro herede uel pro possessore siue pro legato possideat, hoc interdicto teneatur. Das stehen gebliebene hoc interdicto beweist, dass der Jurist eine Combination der beiden Interdicte im Sinne hatte.

Der Wortlaut des Edicts ist (im Wesentlichen sicher) etwa folgender gewesen:

QUOD DE HIS BONIS, *quorum possessio ex edicto meo illi data est*[1]), LEGATORUM NOMINE[2]) NON UOLUNTATE *illius*[3]) POSSIDES[4]) QUODQUE DOLO MALO FECISTI QUO MINUS POSSIDERES[5]), *id,* SI *eo nomine* SATISDATUM EST[6]) SI*ue* PER *illum* NON STAT UT SATISDETUR[7]), *illi restituas*[8]).

Auf die arbitraria oder secutoria formula bezieht sich Paul. 63 fr. 2 § 2 h. t.:

Ex hoc interdicto qui non restituit, in id quod interest debet condemnari.

Auf die sponsio dagegen, und nicht, wie Rudorff (E. P. § 223 n. 8), auf die formula arbitraria, beziehe ich fr. 2 § 4 h. t.:

Si per legatarium factum sit, quo minus satisdetur, licet cautum non sit, tenetur interdicto . sed si forte factum sit per legatarium, quo minus satisdetur, eo autem tempore, quo editur interdictum, satis accipere paratus sit, non competit interdictum, nisi satisdatum sit . item, si per bonorum possessorem stetit, quo minus satisdaret, sed modo paratus est cauere, tenet interdictum: illud enim tempus inspicitur, quo interdictum editur.

Die Sponsion reproducirte das Interdict und enthielt daher die Worte

si per me non stetit, quo minus satisdaretur,

deren Interpretation wir hier vor uns haben. Auf die formula arbitraria passt die Stelle desshalb nicht, weil hier sicher auch das nachträgliche Erbieten des Klägers zur Satisdation arbitrio iudicis Berücksichtigung fand.

Rudorffs Reconstruction der sponsio und restipulatio ist, durchaus unhaltbar, abgestellt auf die blosse Frage, ob Kläger ex edicto die bonorum possessio erhalten habe.

§ 229. *A QUO HEREDITAS PETETUR, SI REM NOLIT DEFENDERE.*

Ulp. 68[9]), Iulian. 48[10]).

Ulp. instit. fr. Vindob. § 4:

. . . . . . [11])adipiscendae quam reciperandae possessionis, qualia sunt interdicta QUEM FUNDUM et QUAM HEREDITATEM . nam si fundum uel hereditatem ab aliquo petam nec lis defenda*tur*[12]), cogitur ad me transferre possessionem[13]), siue numquam possedi siue an*te posse*di, deinde amisi possessionem.

Vgl. fr. Vat. 92. S. auch Cic. in Verr. II[1] c. 45 § 116:

1) Ulp. 67 fr. 1 § 3 h. t.

2) Ulp. 67 fr. 1 § 4—6 h. t. Fideicommissorum nomine: Ulp. 67 fr. 1 de legat. I.

3) Ulp. 67 fr. 1 § 11. 12. 14. 15 h. t.

4) Ulp. 67 fr. 1 § 8—10. 13 h. t. Keine mentio successoris: irrig Huschke, Studien S. 398 n. 73. Utile: quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris quodque dolo malo fecisti, quo minus possideres utereris fruereris. Fr. Vat. 90 cf. Ulp. 67 fr. 1 § 8 h. t. Schmidt, Interdictenverf. S. 14 fg.

5) Cf. fr. Vat. 90. Das Citat bei Ulp. 67 fr. 1 § 7 h. t. „aut dolo desiit possidere" ist offenbar ungenau.

6) Ulp. 67 fr. 1 § 16—18 h. t. Eo nomine: fr. 1 § 18 h. t., Paul. 63 fr. 2 pr. h. t.

7) Paul. 63 fr. 2 § 1. 3. 4 h. t.

8) Vgl. fr. 1 § 2. 7. 8. 9, fr. 2 § 2 h. t.

9) Fr. 45 de R. V. (6. 1).

10) Fr. 8 si pars her. (5. 4), fr. 21 de R. C. (12. 1).

11) Vgl. Paul. fr. 2 i. f. de interd. (43. 1): sunt interdicta, ut diximus, duplicia tam reciperandae quam apiscendae possessionis.

12) Hieher Iulian. 48 in den Stellen der n. 10.

13) Hieher Ulp. 48 fr. 45 de R. V. (6. 1). Bei dem „post litem contestatam" am Schlusse dieser Stelle ist an die formula arbitraria zu denken.

Ex edicto urbano: SI DE HEREDITATE AMBIGITUR . . . . . SI POSSESSOR SPONSIONEM NON FACIET.

Das Interdict war restitutorisch[1]).

§ 230. NE UIS FIAT EI QUI *LEGATORUM SERUANDORUM CAUSA* IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT[2]).

Ulp. 68[3]).

Ulp. 52 fr. 5 § 27 ut in poss. (36. 4):

Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum.

Utile: si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi seruandi causa[4]). Utile de missione Antoniniana[5]).

Das Interdict war ohne Zweifel prohibitorisch gefasst, wenn es auch dem Effect nach restitutorisch wirken konnte[6]).

In heredem: fr. 1 i. f. h. t.

§ 231. NE UIS FIAT EI QU*AE UENTRIS NOMINE* IN POSSESSIONEM MISS*A* ERIT[7]).

Ulp. 68[8]).

Ulp. 68 fr. 3 § 2 h. t.:

Praetor uentrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est[9]).

§ 232. DE TABULIS EXHIBENDIS[10]).

Ulp. 68[11]), Paul. 64[12]), Iulian. 48[13]):

Praetor ait: QUAS TABULAS LUCIUS TITIUS AD CAUSAM TESTAMENTI SUI PERTINENTES[14]) RELIQUISSE[15]) DICETUR, SI HAE PENES TE SUNT[16]) AUT DOLO MALO TUO FACTUM EST, UT DESINERENT ESSE[17]), ITA EAS ILLI EXHIBEAS[18]). ITEM, SI LIBELLUS ALIUDUE QUID RELICTUM ESSE DICETUR, DECRETO COMPREHENDAM.

Die arbitrarische oder secutorische Formel, speziell die auf „quanti ea res erit" gerichtete condemnatio derselben[19]) erläutert Ulp. 68 fr. 3 § 11—15 h. t.

1) Arg. fr. Vat. 92.
2) D. (43. 4).
3) Fr. 3 pr. § 1 h. t., fr. 10 ad l. Iul. de ui publ. (48. 6).
4) Ulp. 68 fr. 3 pr. h. t. Rudorff, E. P. § 225, hält irrig gerade dies für den Fall des proponirten Interdicts, was sich durch den Wortlaut von fr. 3 pr. widerlegt.
5) Ulp. 68 fr. 3 § 1 h. t.
6) Arg. fr. 3 § 2 h. t. ict. fr. 1 § 1 de interd. (43. 1). Vgl. Schmidt, a. a. O. S. 67 fg., 72 fg.
7) D. (43. 4).
8) Fr. 3 § 2. 3 h. t.
9) Schmidt, a. a. O. S. 67 fg.
10) D. (43. 5), C. (8. 7). Ulp. 50 fr. 2 § 8 test. quemadm. (29. 3): interdictum . . . ., quod est de tabulis exhibendis.
11) Fr. 1, 3 h. t., fr. 42 de cond. indeb. (12. 6) cf. fr. 3 § 14 h. t.
12) Fr. 2 h. t.
13) Fr. 42 ad l. Aqu. (9. 2).
14) Ulp. 68 fr. 1 § 2—ult., fr. 3 pr. § 1 h. t., Paul. 64 fr. 2 eod.
15) Ulp. 68 fr. 3 § 5 h. t.
16) Ulp. 68 fr. 3 § 2—4 h. t.
17) Ulp. 68 fr. 3 § 6 h. t., Iulian. 48 fr. 42 ad l. Aqu. (9. 2). Cf. Paul. 69 fr. 4 h. t.
18) Ulp. 68 fr. 3 § 7—10 h. t.
19) Vgl. Schmidt, a. a. O. S. 255.

Auf das Sponsionsverfahren und die secutorische Klage[1]) bezieht sich Paul. sent. IV 7 § 6:

Edicto perpetuo cauetur, ut, si tabulae testamenti non appareant, de earum exhibitione interdicto reddito intra annum agi possit, quo ad exhibendum compellitur qui supprimit.

§ 233. *INTERDICTUM POSSESSORIUM.*

Gai. IV 145:

Bonorum quoque emptori similiter proponit*ur* interdictum (scil. adipiscendae possessionis), quod quidam possessorium uocant.

§ 234. *INTERDICTUM SECTORIUM.*

Gai. IV 146:

Item ei qui publica bona emerit, eiusdem condicionis (i. e. adipiscendae possessionis) interdictum proponitur, quod appellatur sectorium . . . .

§ 235. NE QUID IN LOCO SACRO[2]) *RELIGIOSO SANCTO* FIAT. *QUOD FACTUM ERIT, UT RESTITUATUR.*

Ulp. 68[3]).

Ulp. 68 fr. 1 pr. h. t.:

Ait praetor: In loco sacro[4]) facere inue eum immittere quid ueto[5]).

Ulp. 68 fr. 2 § 19 ne quid in loco publ. (43. 8):

. . . . in loco . . . . sacro non solum facere uetamur, sed et factum restituere iubemur: hoc propter religionem.

Paul. 63 fr. 2 § 1 de interd. (43 1):

Interdicta autem competunt uel hominum causa uel diuini iuris aut de religione, sicut est „ne quid in loco sacro fiat“ vel „quod factum est, restituatur“.

Ulp. 52 fr. 1 § 1 de O. N. N. (39. 1):

. . . . si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, ... erit transeundum ad interdictum „quod in loco sacro religiosoue[6]) . . . . factum erit“.

Der Zusammenhalt obiger Stellen ergibt:

1. Wir haben es hier mit zwei Interdicten zu tun, einem prohibitorischen — fr. 1 pr. h. t. — und einem restitutorischen — fr. 2 § 19 ne quid in loco publ. (43. 8), fr. 2 § 1 de interd. (43. 1).

1) Nicht etwa auf das Interdict selbst: denn es heisst „interdicto reddito agi“ und vgl. fr. 3 § 16 h. t., Schmidt, a. a. O. S. 119. 250. Die arbitrarische Formel aber wurde bekanntlich in continenti edirt.

2) D. (43. 6).

3) Fr. 1 h. t., fr. 9 de diu. rer. (1. 8), fr. 13 [11] ad l. Iul. pecul. (48. 13).

4) Ulp. 68 fr. 1 § 1 h. t., fr. 9 pr.—§ 2 de diu. rer. (1. 8).

5) Ulp. 68 fr. 1 § 2 h. t.: Quod ait praetor, ne quid in loco sacro fiat . . . . . . Gai. IV 159.

6) Vgl. Ulp. 67 fr. 1 pr. de interd. (43. 1): . . . . interdicta . . . . de diuinis rebus . . ., ut de locis sacris uel de locis religiosis.

2. Die Interdicte bezogen sich nicht bloss auf den locus sacer, sondern auch auf den locus religiosus: denn Ulpian in fr. 1 § 1 de O. N. N. (39. 1) spricht von einem interdictum „quod in loco sacro religiosoue factum erit". Aller Wahrscheinlichkeit nach aber haben sich dieselben zugleich auch auf die loca sancta erstreckt. Dass diese letztern als solche Interdictenschutz genossen, ist nicht zu bezweifeln. Sie waren desselben ebenso bedürftig, wie die loca sacra, religiosa und publica, und fallen doch unter keine dieser Kategorien, sondern werden von den römischen Juristen als dritte Art der res diuini iuris neben die res sacrae und religiosae gestellt[1]); es würde daher keines der auf den Schutz der loca sacra religiosa publica berechneten Interdicte auf sie Anwendung gefunden haben, und es muss also für sie entweder besondere Interdicte gegeben haben oder sie müssen in unsern Interdicten neben den loca sacra und religiosa ebenfalls genannt gewesen sein. Dass letzteres der Fall gewesen, schliesse ich aus dem auf unsere Interdicte bezüglichen fr. 9 de diu. rer. (1. 8), wo Ulp. 68 die Erörterung der res sanctae (§ 3. 4) mitten in die der res sacrae (pr.—§ 2. § 5) eingeschoben hat. Und so ist an das „immittere ueto" unseres prohibitorischen Interdicts zu denken, wenn Marcian in fr. 8 i. f. de diu. rer. (1. 8) berichtet:

> In municipiis quoque muros esse sanctos Sabinum recte respondisse Cassius refert, prohiberique oportere ne quid in his immitteretur.

Vgl. auch Ulp. 68 fr. 9 § 4 eod., Paul. sent. 5 fr. 3 ne quid in loco sacro (43. 6).

3. Den Interdicten ging die dem gegenwärtigen § vorgesetzte Rubrik voraus. So erklärt sich die Art, wie dieselben in fr. 2 § 1 de interd. (43. 1) und in fr. 1 § 1 de O. N. N. (39. 1) bezeichnet sind[2]). Solche besondere Rubriken finden sich auch sonst[3]). —

Von Sponsion und Formeln ist nichts erhalten; ob aus Ulp. 68 fr. 9 i. f. de diu. rer. (1. 8) „res sacra non recipit aestimationem" auf eine besondere Fassung der condemnatio bei den letztern geschlossen werden darf, ist zweifelhaft (S. 357 n. 2).

§ 236. DE MORTUO INFERENDO ET SEPULCHRO AEDIFICANDO[4]).

Ulp. 68[5]), Paul. 64[6]).

Ulp. 68 fr. 1 pr. h. t.:

> Praetor ait: QUO QUAUE ILLI MORTUUM INFERRE INUITO TE IUS EST, QUO MINUS ILLI EO EAUE MORTUUM INFERRE ET IBI SEPELIRE LICEAT, UIM FIERI UETO.

1) Gai. fr. 1 pr. de D. R. (1. 8), Marcian. fr. 6 § 2 eod., Ulp. fr. 9 § 3 eod.

2) Anders Dernburg, Festgaben f. Heffter S. 107, der in dem „ne quid in loco sacro fiat" ein Stück des Interdicts selbst vermutet und darum die Relation Ulpians in fr. 1 pr. h. t. (43. 6) für ungenau hält. Die Bedenklichkeit der letztern Behauptung leuchtet ein.

3) Man vergleiche die Rubriken „ne quid in loco publico fiat, ne quid in flumine publico fiat, quod ui aut clam factum erit ut restituatur (fr. 1 § 1 de O. N. N.)" u. a. m. mit dem Text der betreffenden Interdicte.

4) D. (11. 8). Vgl. Paul. 63 fr. 2 § 1 de interd. (43. 1): Interdicta .... diuini iuris .... de mortuo inferendo uel sepulchro aedificando.

5) De mortuo inferendo: fr. 1 pr.—§ 4 h. t., fr. 33 de relig. (11. 7); de sepulchro aedificando: fr. 1 § 5—ult. h. t.

6) De mortuo inferendo: fr. 34 de relig. (11. 7), fr. 11 de manum. (40. 1) cf. fr. 34 cit., vgl. Papinian. fr. 43 de relig. (11. 7).

Ulp. 68 fr. 1 § 5 h. t.:

Praetor ait: QUO ILLI IUS EST INUITO TE MORTUUM INFERRE, QUO MINUS ILLI IN EO LOCO SEPULCHRUM SINE DOLO MALO AEDIFICARE LICEAT, UIM FIERI UETO.

§ 237. NE QUID IN LOCO PUBLICO UEL ITINERE FIAT[1]). *QUOD IN ITINERE PUBLICO FACTUM ERIT, UT RESTITUATUR.*

Ulp. 68[2]), Paul. 64[3]), Iulian. 48[4]).

1.

Ulp. 68 fr. 2 pr. h. t.:

Praetor ait: NE QUID IN LOCO PUBLICO[5]) FACIAS INUE EUM LOCUM IMMITTAS[6]), QUA EX RE QUID ILLI DAMNI DETUR[7]), PRAETERQUAM QUOD LEGE SENATUS CONSULTO EDICTO DECRETOUE PRINCIPUM TIBI CONCESSUM EST[8]). DE EO, QUOD FACTUM ERIT, INTERDICTUM NON DABO[9]).

Das iudicium secutorium ist berührt in fr. 2 § 18 h. t.:

Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caueatur non fieri.

Dessgleichen bei Iulian. 48 fr. 7 h. t.:

.... qui aduersus edictum praetoris[10]) aedificauerit, tollere aedificium debet.

2.

Ulp. 68 fr. 2 § 20 h. t.:

Ait praetor: IN UIA PUBLICA[11]) ITINEREUE PUBLICO FACERE IMMITTERE[12]) QUID, QUO EA UIA IDUE ITER DETERIUS SIT FIAT[13]), UETO.

Officium iudicis im iudicium secutorium: fr. 2 § 28 h. t. Condemnatio „quanti ea res erit" ebendaselbst, fr. 2 § 34 h. t.:

hoc interdictum perpetuum et populare est condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit.

3.

Ulp. 68 fr. 2 § 35 h. t.:

Praetor ait: QUOD IN UIA PUBLICA ITINEREUE PUBLICO FACTUM IMMISSUM HABES[14]), QUO EA UIA IDUE ITER DETERIUS SIT FIAT, RESTITUAS[15]).

Condemnatio im iudicium arbitrarium oder secutorium: Ulp. 68 fr. 2 § 44 h. t.

1) D. (43. 8).
2) Ne quid in loco publico fiat: fr. 2 pr.—§ 19 h. t. Ne quid in itinere publico fiat: fr. 2 § 20—34 h. t. Quod factum erit: fr. 2 § 35—44 h. t., fr. 150 de R. I. = fr. 2 § 42 h. t.
3) Fr. 1 h. t., fr. 151 de R. I. (50. 17).
4) Fr. 7 h. t.
5) Ulp. 68 fr. 2 § 3—5 h. t.
6) Ulp. 68 fr. 2 § 6—9 h. t. Zu fr. 2 § 6 vgl. Schmidt, a. a. O. S. 20.
7) Ulp. 68 fr. 2 § 10—15 h. t., Paul. 64 fr. 151 de R. I. (50. 17) cf. fr. 2 § 15. 16 h. t.
8) Ulp. 68 fr. 2 § 16 h. t., Paul. sent. 5 fr. 2 de loco publ. fru. (43. 9).
9) Ulp. 68 fr. 2 § 17—19 h. t., Iulian. 48 fr. 7 h. t.
10) Gai. IV 141.
11) Ulp. 68 fr. 2 § 21—24 h. t. Ad uias urbicas non pertinet: fr. 2 § 24 h. t.
12) Ulp. 68 fr. 2 § 25—30 h. t.
13) Ulp. 68 fr. 2 § 31—33 h. t.
14) Ulp. 68 fr. 2 § 37—42 h. t. Utile aduersus eum, qui pro derelicto reliquit: fr. 2 § 39 h. t.
15) Ulp. 68 fr. 2 § 43 h. t.

§ 238. UT UIA PUBLICA *ITINEREUE PUBLICO* IRE AGERE LICEAT[1].

Ulp. 68 fr. 2 § 45 ne quid in loco publ. (43. 8):

Praetor ait: Quo minus illi uia publica itinereue publico ire agere liceat, uim fieri ueto.

Paul. sent. V 6 § 2:

Ut interdictum, ita et actio[2]) proponitur, ne quis uia publica aliquem prohibeat.

§ 239. DE LOCO PUBLICO FRUENDO[3].

Ulp. 68[4].

Ulp. 68 fr. 1 pr. h. t.:

Praetor ait: Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locauit, ei qui conduxit socioue[5]) eius e lege locationis[6]) frui liceat, uim fieri ueto.

§ 240. DE UIA PUBLICA ET ITINERE PUBLICO REFICIENDO[7].

Ulp. 68[8].

Ulp. 68 fr. 1 pr. h. t.:

Praetor ait: Quo minus illi uiam publicam iterue publicum aperire reficere[9]) liceat, dum ne ea uia idue iter deterius fiat, uim fieri ueto.

Condemnatio „quanti ea res erit" im iudicium secutorium: fr. 1 § 3 h. t.

§ 241. NE QUID IN FLUMINE PUBLICO RIPAUE EIUS FIAT, QUO PEIUS NAUIGETUR[10]. *QUOD FACTUM ERIT, UT RESTITUATUR*[11].

Ulp. 68[12].

1.

Ulp. 68 fr. 1 pr. h. t.:

Ait praetor: Ne quid in flumine[13]) publico ripaue[14]) eius facias[15]) neue quid in fumine publico neue in ripa eius immittas, quo statio[16]) iterue nauigio[17]) deterior sit fiat[18])[19]).

1) Vgl. Paul. 63 fr. 2 § 1 de interd. (43. 1): interdictum „ut uia publica uti liceat".

2) Secutorium iudicium? So wohl mit Recht Rudorff, E. P. § 235. Anders Huschke, iurisp. anteiust. ad h. l.

3) D. (43. 9). Cf. Ulp. 57 fr. 13 § 7 de iniur. (47. 10).

4) Fr. 1 h. t.

5) Ulp. 68 fr. 1 § 2 h. t.

6) Ulp. 68 fr. 1 § 3 h. t.

7) D. (43. 11).

8) Fr. 1 h. t.

9) Ulp. 68 fr. 1 § 1 h. t. Vielleicht ist hinter aperire das Wort purgare ausgefallen — arg. fr. 1 § 1 h. t. —: doch ist das nicht gewiss.

10) D. (43. 12) De fluminibus. Ne quid etc. Vielleicht haben wir in dem „de fluminibus" wie vorher in der rubr. (43. 7) „de locis et itineribus publicis" Spuren einer im Album selbst gegebenen Einteilung der Interdicte vor uns.

11) Vgl. Ulp. 52 fr. 1 § 1 de O. N. N. (39. 1).

12) Fr. 1 h. t., fr. 59 de V. S. (50. 16) cf. fr. 1 § 17 h. t.

13) Ulp. 68 fr. 1 § 1. 2 h. t.

14) In flumine publico ripaue eius: Ulp. 68 fr. 1 § 3—10 h. t.

15) Ulp. 68 fr. 1 § 11 h. t.

16) Ulp. 68 fr. 1 § 13 h. t.

17) Ulp. 68 fr. 1 § 14 h. t.

18) Ulp. 68 fr. 1 § 12. 15 h. t.

19) Nach Dernburg, Festgaben für Heffter S. 107, wären in dieser Relation die Schluss-

Cf. Gai. IV 159. Exceptio[1]): *extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit*, fr. 1 § 16 h. t. Interdicta utilia: fr. 1 § 12. 17 h. t.

2.

Ulp. 68 fr. 1 § 19 h. t.:

Deinde ait praetor: QUOD IN FLUMINE PUBLICO RIPAUE EIUS FACTUM[2]) SIUE QUID IN ID FLUMEN RIPAMUE EIUS IMMISSUM HABES[3]), QUO STATIO ITERUE NAUIGIO DETERIOR SIT FIAT, RESTITUAS.

§ 242. NE QUID IN FLUMINE PUBLICO *RIPAUE EIUS* FIAT, QUO ALITER AQUA FLUAT ATQUE UTI PRIORE AESTATE FLUXIT[4]). QUOD FACTUM ERIT, UT RESTITUATUR[5]).

Ulp. 68[6]).

1.

Ulp. 68 fr. un. pr. h. t.:

Ait praetor: IN FLUMINE PUBLICO[7]) INUE RIPA EIUS FACERE AUT IN ID FLUMEN RIPAMUE EIUS IMMITTERE, QUO ALITER AQUA FLUAT, QUAM PRIORE AESTATE FLUXIT[8]), UETO[9]).

2.

Ulp. 68 fr. un. § 11 h. t.:

Deinde ait praetor: QUOD IN FLUMINE PUBLICO RIPAUE EIUS FACTUM SIUE QUID IN *ID* FLUMEN RIPAMUE EIUS IMMISSUM HABES[10]), SI OB ID ALITER AQUA FLUIT, ATQUE UTI PRIORE AESTATE FLUXIT, RESTITUAS.

§ 243. UT IN FLUMINE PUBLICO NAUIGARE LICEAT[11]).

Ulp. 68[12]).

Ulp. 68 fr. un. pr. h. t.:

Praetor ait: QUO MINUS ILLI IN FLUMINE PUBLICO[13]) NAUEM RATEM AGERE QUOUE MINUS PER RIPAM *EIUS* ONERARE EXONERARE LICEAT, UIM FIERI UETO. ITEM, UT PER LACUM[14]) FOSSAM[15]) STAGNUM[16]) PUBLICUM[17]) NAUIGARE LICEAT, INTERDICAM[18]).

worte „aduersus ea uim fieri ueto" oder ähnliche weggefallen. M. E. ist zu dieser Annahme kein Grund: das „ne facias" genügte.

1) Dieselbe ist als Bestandteil der Formel aus der Sponsion gedacht. Huschke, Zschr. f. gesch. R. W. XIII, S. 321 fgg., Schmidt, a. a. O. S. 104.

2) *Flor.* fiat. S. aber fr. 1 § 22 h. t. und Schmidt, a. a. O. S. 155 n. 6.

3) Ulp. 68 fr. 1 § 22 h. t.

4) D. (43. 13).

5) Vgl. Ulp 52 fr. 1 § 1 de O. N. N. (39. 1).

6) Fr. un. h. t.

7) Ulp. 68 fr. un. § 2 h. t.

8) Ulp. 68 fr. un. § 3—8 h. t.

9) Exceptio: *quod eius ripae muniendae causa non fiet*, fr. un. § 6 h. t. Wie das futurum „fiet" zeigt, ist diese als auf Antrag in das Interdict selbst eingerückt zu denken. Huschke, Zschr. für gesch. R. W. XIII S. 322 n. 64, Schmidt, a. a. O. S. 104.

10) Ulp. 68 fr. un. § 12. 13 h. t.

11) D. (43. 14).

12) Fr. un. h. t.

13) Ulp. 68 fr. un. § 1. 2 h. t.

14) Ulp. 68 fr. un. § 3 h. t.

15) Ulp. 68 fr. un. § 5 h. t.

16) Ulp. 68 fr. un. § 4 h. t.

17) Ulp. 68 fr. un. § 6 h. t.

18) Utile: quo minus in lacu stagnoue publico piscari liceat: fr. un. § 7 h. t., Schmidt, a. a. O. S. 18 n. 9. Utile de pecore appellendo: fr. un. § 9 h. t., Schmidt, a. a. O. S. 19.

§ 244. DE RIPA MUNIENDA[1]).

Ulp. 68[2]).

Ulp. 68 fr. un. pr. h. t.:

> Praetor ait: QUO MINUS ILLI IN FLUMINE PUBLICO RIPAUE EIUS OPUS FACERE RIPAE AGRIUE QUI CIRCA RIPAM EST TUENDI CAUSA LICEAT[3]), DUM NE OB ID NAUIGATIO DETERIOR FIAT[4]), SI TIBI DAMNI INFECTI IN ANNOS DECEM UIRI BONI ARBITRATU UEL CAUTUM UEL SATISDATUM EST[5]) AUT PER ILLUM NON STAT, QUO MINUS UIRI BONI ARBITRATU CAUEATUR UEL SATISDETUR, UIM FIERI UETO[6]).

§ 245. UNDE UI[7]).

Ulp. 69, Paul. 65, Gai. 25, Iulian. 48.

1. DE UI[8]) (non armata).

Ulp. 69[9]), Paul. 65[10]), Gai. 25[11]), Iulian. 48[12]).

Ueber den Wortlaut des interdictum Unde ui (de ui non armata) haben wir zwei Ueberlieferungen, die aber beide für die Reconstruction des Hadrianischen Albums nicht unmittelbar massgebend sein können. Die eine — die der Digesten in fr. 1 pr. h. t. — zeigt in der Verwischung des Interdictcharakters deutlich die Hand der Compilatoren:

> Praetor ait: Unde tu illum ui deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui ui deiecit peruenerit, iudicium dabo.

Die andere — in verschiedenen Stellen Cicero's[13]) — gibt den Wortlaut des Edicts zur Zeit von Cicero's Rede pro Tullio (a. u. c. 682 oder 83) und lässt die Frage offen, welche Veränderungen dieser Wortlaut bis zur Redaction des Hadrianischen Albums erfahren:

1) D. (43.15). Das edictum uetus de fluminibus retandis — Gell. XI 17 —, das Rudorff (E. P. § 240) hier anfügt, dürfte der betreffende Prätor wohl eher unter dem Titel de publicanis proponirt haben.

2) Fr. un. h. t.

3) Ulp. 68 fr. un. § 1 h. t.

4) Ulp. 68 fr. un. § 2 h. t.

5) Ulp. 68 fr. un. § 3—5 h. t.

6) Utile de ripa lacus fossae stagni munienda: fr. un. § ult. h. t.

7) D. (43. 16), C. (8. 4). Paul. 63 fr. 2 § 3 de interd. (43. 1): Reciperandae possessionis causa proponuntur sub rubrica Unde ui: aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt.

8) Ulp. fr. 17 pr. de a. u. a. p. (41. 2): cum interdicto de ui reciperandae possessionis facultatem habeat.

9) Fr. 1, 3 pr. § 1 h. t.; fr. 5 ad l. Iul. de ui priu. (48. 7) cf. fr. 1 § 2 h. t.; fr. 152 de R. I. (50. 17) cf. fr. 1 § 2. 12. 14, fr. 3 pr. h. t.; fr. 3 de interd. (43. 1) cf. fr. 1 § 40 h. t.; fr. 46 locati (19. 2), fr. 10 de a. u. a. p. (41. 2) cf. fr. 1 § 23 h. t.; fr. 17 quod ui (43. 24) — falsch Idem 69 inscribirt — cf. fr. 1 § 22 h. t.

10) Fr. 2, 9 pr. h. t., wahrscheinlich auch fr. 8, 11 de a. u. a. p. (41. 2), fr. 153 de R. I. (50. 17): die allgemeinen Erörterungen über den Besitz passen am besten zu diesem ersten Besitzinterdict.

11) Fr. 9 de a. u. a. p. (41. 2) cf. fr. 1 § 22 h. t.

12) Fr. 17 h. t.

13) Pro Tullio c. 19 § 44. 45, vgl. pro Caec. c. 19 § 55 sqq., c. 30—32, de lege agr. III c. 3 § 11. Auct. ad Herenn. IV c. 29 § 40 i. f. S. auch lex agraria (a. u. c. 643) lin. 18. Ueber die bei Cic. pro Tullio überlieferte Parrallelformel „unde dolo malo tuo, M. Tulli, M. Claudius aut familia aut procurator eius ui detrusus est" vgl. Keller, semestr. I p. 304 sqq.

Unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno ui deiecisti, cum ille possideret, quod nec ui nec clam nec precario a te possideret[1]), eo restituas.

Der Wortlaut des Hadrianischen Albums kann nur dadurch ermittelt werden, dass wir beide Ueberlieferungen mit den Commentaren, namentlich dem Ulpians vergleichen.

Hier ergibt sich nun zunächst, dass die Compilatoren den Anfang des Hadrianischen Interdicts in den Worten

Unde[2]) tu illum ui deiecisti aut familia tua deiecit[3])

getreu wiedergegeben haben. Die Abänderung des ältern Interdicts lässt sich im Einzelnen nachweisen[4]).

1. „Deiecisti aut . . . . . deiecit" statt des ältern einfachen deiecisti, vgl. Ulp. 69 fr. 1 § 11 h. t.:

> cum „deiecisti" uerbum refertur ad personam eius qui deiecit nec pertineat ad eum, cuius familia deiecit . . . ., consequens fuit addere „aut familia tua deiecit".

2. Auf Seite der dejicirenden Partei ist die Erwähnung des procurator gestrichen worden, vgl. Ulp. 69 fr. 1 § 12 h. t.:

> Deiecisse autem . . . uidetur, qui mandauit uel iussit, ut aliquis deiceretur.

Cf. fr. 1 § 14, fr. 3 § 10 h. t., fr. 152 § 1. 2 de R. I. (50. 17).

3. Auf Seite der dejicirten Partei ist die Erwähnung des procurator und der familia gestrichen, vgl. Ulp. 69 fr. 1 § 22 h. t.:

> Quod seruus uel procurator uel colonus tenent, dominus uidetur possidere, et ideo his deiectis ipse deici de possessione uidetur . . . .

Cf. fr. 1 § 46 h. t.

Folgten wir bis hieher der Digestenüberlieferung, so sind dagegen die Worte des ältern Interdicts

> in hoc anno . . . ., cum ille possideret, quod nec ui nec clam nec precario a te possideret,

obwohl in den Digesten ausgefallen, gleichwohl zweifellos unverändert auch der Hadrianischen Codification zuzuschreiben.

1. Die annalis exceptio „in hoc anno" wird bezeugt durch Ulp. 69 fr. 1 § 39 h. t. „annus in hoc interdicto". Vgl. auch fr. 1 pr. h. t.

1) Vgl. l. agrar. (a. u. c. 643) lin. 18: [*Sei quis eorum quorum age*]*r supra scriptus est, ex possessione ui eiectus est, quod eius is quei eiectus est possederit, quod neque ui neque clam neque precario possederit ab eo, quei eum ea possessione ui eiec*[*erit*]. Seltsamer Weise nimmt Rudorff, E. P. § 241, die Worte „ab eo qui eum ea possessione ui eiecit" statt des obigen a te in das Interdict auf, das doch den Dejicienten direct ansprach.

2) Ulp. 69 fr. 1 § 3—8 h. t. Vgl. Cic. pro Caec. c. 30 § 87. 88, Paul. sent. V 6 § 5.

3) Ulp. 69 fr. 1 § 9—21 h. t., Paul. sent. V 6 § 3. 4. 6, Ulp. 46 fr. 195 § 3 de V. S. (50. 16).

4) Vgl. Keller, semestr. I p. 311 sqq., dessen hieher gehörige Ausführungen Rudorff sehr mit Unrecht ganz unberücksichtigt lässt.

2. Das Erforderniss „cum ille possideret“ wird, hinter dem der deiectio, commentirt von Ulp. 69 fr. 1 § 23—26 h. t.[1]). Zwar will Keller[2]) gerade aus fr. 1 § 23 (in Verbindung mit fr. Vat. 91, wo sich eine ähnliche Bemerkung findet) schliessen, dass obiges Erforderniss im Hadrianischen Album nicht ausdrücklich genannt, sondern aus dem Erforderniss der deiectio gefolgert worden sei, und in der Tat scheint der Wortlaut der Stelle auf den ersten Blick diese Ansicht zu bestätigen:

> Interdictum autem hoc nulli competit nisi ei, qui tunc, cum deiceretur, possidebat, nec alius deici uisus est quam qui possidet . . . . .

Allein der Ort, wo wir in Ulpians Commentar das Erforderniss „possessio“ erläutert finden, entscheidet m. E. gegen Keller[3]), und die Ausdrucksweise Ulpians erklärt sich einfach genug. Wenn nämlich der Jurist hier anmerkt, das Erforderniss des Besitzes liege schon im Begriffe des deici und brauche eigentlich gar nicht besonders ausgedrückt zu sein, so tut er dies desswegen, weil bei dem interdictum de ui armata der Zusatz „cum ille possideret“ fehlte und hier wirklich das Erforderniss des Besitzes nur aus dem Erforderniss der Dejection und der Analogie des interdictum de ui cottidiana gefolgert wurde. In älterer Zeit war diese Deutung des interdictum de ui armata nicht unbestritten, und Cic. pro Caec. c. 31 § 90 sucht die entgegengesetzte, seinem Clienten günstigere Ansicht durchzudrücken, wobei er die Position seines Gegners fast mit den Worten Ulpians wiedergibt:

> exoritur . . . . illa defensio, eum deici posse, qui tum possideat, qui non possideat, nullo modo posse.

Es leuchtet ein, dass Ulpian volle Ursache hatte, durch Einschärfung des Satzes „deicitur qui possidet“ von vornherein allen missverständlichen Folgerungen aus der Verschiedenheit der Fassung der beiden Interdicte de ui entgegenzutreten.

3. Die exceptio uitiosae possessionis ist bekanntlich von Justinian für unser Interdict aufgehoben worden[4]). Gleichwohl zeigt Ulpians Commentar noch die deutlichen Spuren derselben in fr. 1 § 27—30 h. t., wo der Begriff des „ui possidere“ und zwar des „ui ab aduersario (fr. 1 § 30) possidere“ erläutert wird.

Es bleiben nun nur noch die Schlussworte des Interdicts zu erörtern. Diese lauten im ältern Edict einfach „eo restituas[5])“. Im Julianischen aber lauteten sie, wie auch Rudorff annimmt[6]):

1) Hieher gehören auch die Ausführungen über den Precärbesitz bei Ulp. 69 in fr. 10 de a. u. a. p. (41. 2) und fr. 46 locati (19. 2) und über Besitzerwerb, Besitzverlust und iusta possessio bei Paul. 65 fr. 8, 11 de a. u. a. p. (41. 2), fr. 153 de R. I. (50. 17). Auf obige Ausführungen weist Ulp. 71 fr. 4 § 1 de precario (43. 26) zurück.

2) Semestr. I p. 313. Gegen ihn, aber nicht ausreichend begründet, Schmidt, Richters Jahrbb. VIII S. 681, Rudorff in Savigny's Besitz (7te Aufl.) S. 623.

3) Hätte Keller Recht, so würde Ulpian die Ausführungen, die er in fr. 1 § 23—26 gibt, sicher schon an fr. 1 § 9. 10 angeschlossen haben. Er fand aber im Album die Worte „unde . . . . . deiecit, cum ille possideret“ und commentirt daher der Reihe nach.

4) § 6 I. de interd. (4. 15) ict. Gai. IV 154, Paul. sent. V 6 § 7.

5) Cic. pro Caec. c. 30 § 88.

6) A. M. Keller, semestr. p. 298 sqq., der die fraglichen Worte nicht dem Interdict, sondern dem iudicium arbitrarium oder secutorium zuschreibt. Gegen ihn treffend Schmidt, a. a. O. S. 35 n. 7. Vgl. denselben, in Richters Jahrbb. Jahrg. VIII S. 683 fg.

eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

Das geht zwar nicht aus der Aufnahme der hervorgehobenen Worte in das gefälschte Edict des fr. 1 pr. hervor, wohl aber daraus, dass Ulpian dieselben als Bestandteil des prätorischen Restitutionsbefehls, direct hinter der exceptio uitiosae possessionis, ausführlich commentirt: fr. 1 § 31—38 h. t. Freilich hat es nach fr. 1 § 32 bei oberflächlicher Betrachtung den Anschein, als ob die Pflicht zur Restitution der res ablatae nicht auf einer besondern Clausel des Interdicts, sondern lediglich auf Interpretation des „unde deiecisti, eo restituas“ beruhe:

> Si fundus, a quo ui expulsus sim, mihi restitutus esset, ceterae uero res, quae ui ablatae sunt, non restituantur, hic dicendum est interdictum nihilo minus tenere, quia uerum est ui esse deiectum.

Sieht man indess näher zu, so wird man in den letzten Worten nur den ungenauen Ausdruck des Gedankens erblicken können, dass der Wortlaut des Interdicts im Ganzen trotz Restitution des fundus nicht aufhöre zuzutreffen. Das „uerum est ui esse deiectum“ ist ja keinesfalls das richtige Motiv der Ulpianschen Entscheidung. „Ui esse deiectum“, das bleibt auch dann wahr, wenn Alles restituirt ist. Das wirklich Entscheidende ist, dass der durch die Dejection geschaffene Zustand bis zur Restitution auch der res ablatae nicht völlig wiederaufgehoben ist, dass Beklagter bis dahin nicht wahrheitsgemäss sagen kann: restitui. Da nun Ulpian den Teil des Interdicts, auf den es unter allen Umständen allein ankam, gar nicht citirt, so kann seiner Aeusserung auch keine Beweiskraft für dessen Wortlaut zugeschrieben werden. Noch möchte man einwenden: Ulpians Bemerkung werde zur Trivialität, wenn man annehme, das Interdict habe die Restitution der res ablatae ausdrücklich vorgeschrieben. Dem ist nicht so. Es lag auch bei so gefasstem Interdict sehr nahe, einem Rechtsmittel, das Dejection aus einem Grundstück voraussetzte und seinem hauptsächlichen und ursprünglich alleinigen Zwecke nach bestimmt war, dem Dejicirten den Besitz dieses Grundstücks wiederzuverschaffen, nach Rückgabe des Grundstücks die Anwendbarkeit zu bestreiten und den Dejicirten wegen der res ablatae auf den Weg der condictio furtiua oder actio ui bonorum raptorum zu verweisen. Ulpian hatte daher allen Grund, dieser Annahme entgegenzutreten und zu betonen, dass auch der Nebenzweck des Interdicts erfüllt sein müsse, wenn der Dejicient vor demselben sicher sein wolle.

Nach alledem lautete das Hadrianische Interdict folgender Massen:

> UNDE IN HOC ANNO TU ILLUM UI DEIECISTI AUT FAMILIA TUA DEIECIT, CUM ILLE POSSIDERET, QUOD NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO A TE POSSIDERET, EO ILLUM QUAEQUE ILLE TUNC IBI HABUIT RESTITUAS.

Die formula arbitraria und das iudicium secutorium auf Grund dieses Interdicts hatten ohne Zweifel ganz die gewöhnliche Fassung. Auf das officium iudicis dabei geht Ulp. 69 fr. 1 § 40—42 h. t.; die auf quanti ea res est[1]) gerichtete Condemnation betrifft Paul. 17 fr. 6 h. t. Vermutlich auf die

1) Savigny, System V S. 445, Schmidt, a. a. O. S. 257.

Sponsion (unde . . . . . deiecisti) dagegen ist, der Stellung der §§ nach, die erneuerte Erörterung des Begriffs „Dejection" bei Ulp. 69 fr. 1 § 45—47 h. t. zu beziehen. Dieselbe reproducirte wahrscheinlich ganz genau das Interdict; namentlich nannte auch sie das Grundstück, um das es sich handelte, nicht, sondern war auf „unde . . . . me deiecisti . . . ., eo si me . . . . aduersus edictum praetoris[1]) non restituisti" gestellt[2]). Die Restipulation dürfte genau correspondirend gelautet haben: „unde ego te ui deieci . . . ., eo si te ex edicto restitui[3])".

Ausser dem Interdict selbst und den zugehörigen Sponsionen und Formeln enthielt das Album weiter noch die Verheissung einer actio in factum für den Fall, dass die Jahresfrist des Interdicts bereits abgelaufen sein sollte, dessgleichen wider die Erben.

Fr. Vat. 312:

> . . . . praeses prouinciae, si de possessione te pulsum animaduertit nec annus excessit, ex interdicto „Unde ui" restitui te cum sua causa prouidebit, uel si hoc tempus finitum est, *per* formulam promissam[4]).

Ulp. 69 fr. 1 § 48 h. t.:

> Ex causa huius interdicti in heredem et bonorum possessorem ceterosque successores in factum actio competit in id quod ad eos peruenit[5]).

Vgl. Ulp. 69 fr. 3 pr. § 1 h. t., Paul. 65 fr. 2, 9 pr. h. t.

Dem Edict über diese actio in factum entstammen ohne Zweifel die Worte, die wir jetzt in dem gefälschten Edict des fr. 1 pr. h. t. finden:

> POST ANNUM DE EO, QUOD AD EUM QUI UI DEIECIT PERUENERIT, IUDICIUM DABO.

Die Formel dieser actio ist nicht zu reconstruiren; sie entsprach aber bis auf das in hoc anno in ihren Voraussetzungen sicherlich genau dem Interdict.

Wenn die Dejection durch Sklaven insciente domino vorgenommen war, so hat deren Herr die facultas noxae dedendi[6]), Ulp. 69 fr. 1 § 15 h. t. In dem Wortlaut des Interdicts trat das aber nicht hervor, sondern der Satz beruhte auf Interpretation, die sich vermöge des officium iudicis durchsetzte[7]).

2. DE UI ARMATA.

Ulp. 69[8]).

Das Interdict de ui armata hat zur Zeit der Rede Cicero's pro Caecina (a. u. c. 685) folgender Massen gelautet:

1) Cic. pro Caec. c. 29 § 82: nego me ex decreto praetoris restitutum esse.

2) Vgl. die Erörterungen Cicero's pro Caec. c. 28 § 80 sq., die sich gerade auf die uerba sponsionis („ostendit . . . . uerba ipsa sponsionis facere mecum") beziehen.

3) Unrichtig ist daher die Construction der Restipulation bei Schmidt, a. a. O. S. 248. Wegen des „si non restituisti" und „si restitui" vgl. noch Cic. l. c. c. 8 § 33 (restituisse se dixit: sponsio facta est), c. 19 § 55, c. 21 § 60, c. 28 § 80, c. 29 § 82.

4) Vgl. c. 17 de A. E. V. (4. 49). S. auch fr. 1 § 4 uti poss. (43. 17): restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem.

5) Durch die Jurisprudenz ausgedehnt auf „si dolo malo eorum factum est, quo minus perueniret". Paul. 65 fr. 2 h. t.

6) Vgl. Schmidt, a. a. O. S. 179 fg.

7) Arg. fr. 5 de interd. (43. 1), fr. 40 § 4 de h. p. (5. 3). Vgl. unten § 256 a. E.

8) Fr. 3 § 2—12 h. t.

UNDE TU AUT FAMILIA AUT PROCURATOR TUUS[1]) ILLUM[2]) UI[3]) HOMINIBUS COACTIS[4]) ARMATISUE[5]) DEIECISTI[6]) [7]), EO RESTITUAS[8]).

Hienach fehlte, im Gegensatz zum Vulgarinterdict, hier erstens die exceptio „*in hoc anno*", was uns von Cicero ad famil. XV 16 § 3 ausdrücklich bestätigt wird, und zweitens die exceptio „*cum ille possideret, quod nec ui nec clam nec precario a te possideret*"; daher denn Cicero wiederholt anmerkt, dies Interdict werde sine ulla exceptione erteilt[9]). Damit will er nicht sagen, dass diesem Interdict gegenüber keine exceptio gewährt werde[10]), sondern nur, dass es nicht mit den ständigen Exceptionen des Vulgarinterdicts behaftet sei.

In der Julianischen Edictsredaction ist die Erwähnung des procurator weggefallen[11]); ausserdem wird auch hier statt des „deiecisti" gesetzt worden sein: „deiecisti aut . . . . deiecit", und in dem Restitutionsbefehl wird die Erwähnung der res ablatae nicht gefehlt haben, so dass das Interdict jetzt lautete:

UNDE TU ILLUM UI HOMINIBUS COACTIS ARMATISUE DEIECISTI AUT FAMILIA TUA DEIECIT, EO ILLUM QUAEQUE ILLE TUNC IBI HABUIT RESTITUAS.

Ulpian commentirt in fr. 3 § 2—10 das Erforderniss „hominibus armatis deiecisti[12])". Die Compilatoren haben diesen Abschnitt, obwohl sein Inhalt für das Justinianische Interdict nicht mehr erheblich war, aufgenommen, weil der Unterschied zwischen uis armata und non armata doch noch strafrechtliche Bedeutung hatte[13]). Den Commentar zu „hominibus coactis" haben sie gestrichen, weil hier kein solcher Anlass zur Aufnahme vorlag. Commentirt hat Ulpian gewiss auch diese Worte; das lässt sich schon aus der Bemerkung bei Ulp. 69 fr. 5 ad l. Iul. de ui priu. (48. 7) — cf. fr. 1 § 2 h. t. — schliessen:

Si quis aliquem deiecit ex agro suo hominibus congregatis sine armis, uis priuatae postulari possit.

Das Wegbleiben der exceptio uitiosae possessionis bestätigen Gai. IV 155 und Pompon. fr. 14 h. t.

1) Cic. pro Caec. c. 19 § 55.

2) Nicht, wie allgemein angenommen wird (s. namentlich Keller, semestr. p. 324 sq., Rudorff, E. P. § 242), „illum aut familiam aut procuratorem illius": cf. Cic. pro Caec. c. 13 § 37 („a uerbis recedis"). Das interdictum de ui armata hatte also in dieser Hinsicht damals schon die Fassung, die das interdictum uulgare erst später annahm. Es ist dies wohl durch das jüngere Alter jenes Interdicts und die inzwischen mehr fortgeschrittene Jurisprudenz zu erklären.

3) Cic. pro Caec. c. 14 § 41 — c. 17 § 48.

4) Eod. c. 21 § 59 und sonst oft.

5) Eod. c. 21 § 60 und sonst oft.

6) Eod. c. 30 § 88 vgl. c. 13 § 36 sqq., c. 17 § 49 sqq., c. 23 § 64 sqq. Ueber die ältere Fassung „unde — detrusus est" vgl. c. 17 § 49, s. auch pro Tullio c. 12 § 29.

7) Hier schieben Keller und Rudorff „qua de re agitur" ein, letzterer mit Berufung auf Cic. pro Caec. c. 29 § 83, eine Stelle, die indess keineswegs als Beleg für jenen Zusatz gelten kann. Gegen Keller auch Schmidt, Richters Jahrbb. Jahrg. VIII S. 682.

8) Eod. c. 30 § 88.

9) Eod. c. 8 § 23, c. 22 § 63, c. 32 § 92. 93.

10) Eine solche wird von Cicero ad fam. VII 13 § 2 selbst erwähnt: quod tu prior ui hominibus armatis non ueneris. Vgl. dazu Keller, l. c. p. 330 sqq.

11) Ulp. 69 fr. 3 § 10 h. t.

12) Nicht etwa, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte, die Worte „armis deiecisti", was eine Veränderung des Interdictswortlauts beweisen würde: man achte darauf, dass Ulpian l. c. durchweg eine Mehrheit von Menschen voraussetzt. Vielleicht ist das „armis" statt „hominibus armatis" auf Rechnung der Compilatoren zu setzen.

13) § 6 I. de interd. (4. 15).

Zweifelhaft könnte nach Ulp. 69 fr. 3 § 12 h. t.:

> Hoc interdictum etiam aduersus eum proponitur, qui dolo malo fecit, quo quis armis deiceretur,

scheinen, ob nicht dem „deiecisti" noch ein „doloue malo fecisti quo magis deiceretur" hinzugefügt war. Allein die freie Interpretation des Worts deiecisti in fr. 3 § 10. 11 stellt klar, dass auch fr. 3 § 12 nur Interpretation dieses einen Worts enthält.

Hinsichtlich Sponsion, Restipulation, Formeln ist auf das beim interdictum uulgare Ausgeführte zu verweisen. Eine actio in factum war hier natürlich nicht proponirt, da ja das Interdict wider den Dejicienten selbst nicht annal war, wider die Erben aber die dem Vulgarinterdict angefügte actio in factum ausreichte. Die Bemerkung in fr. 3 § 12

> et post annum reddetur in id, quod peruenit ad eum qui prohibuit,

ist handgreiflich ein Machwerk der Compilatoren[1]), die das interdictum de ui armata mit dem Vulgarinterdict ausgleichen wollten.

3. SI UTI FRUI PROHIBITUS ESSE DICETUR[2]).

Ulp. 69[3]), Paul. 65[4]).

Ulp. 69 fr. 3 § 15 h. t.:

> Pertinet . . . . hoc interdictum ad eum, qui fundo uti frui prohibitus est.

Vgl. fr. 3 § 13 h. t., fr. Vat. 90. 91[5]).

Die Beschränkung des Interdicts auf den (Quasi)besitzer muss auch hier ausgedrückt gewesen sein — arg. Ulp. 69 fr. 3 § 17 h. t. —; ich vermute etwa folgenden Wortlaut:

> *Quo fundo*[6]) *in hoc anno tu illum uti frui*[7]) *prohibuisti*[8]) *aut familia tua prohibuit, cum ille nec ui nec clam nec precario a te uteretur frueretur*[9]), *eo . . . . restituas*[10]).

Vom officium iudicis im arbitrarium oder secutorium iudicium handelt Paul. 65 fr. 9 § 1 h. t.

Eine actio in factum war hier nach der Ausdrucksweise in fr. 3 § ult. h. t. nicht proponirt, wurde aber gleichwohl nach Analogie des Vulgarinterdicts erteilt.

1) Interdictum reddetur in id quod peruenit ad eum qui prohibuit (statt deiecit)!

2) Fr. Vat. 91: . . . libro II de interdictis sub titulo „si uti frui prohibitus esse dicetur".

3) Fr. 3 § 13—ult. h. t. Ueber die Lesart in fr. 3 § 13 s. Rudorff, Zschr. f. gesch. R. W. XI S. 232 n. 19, Schmidt (von Ilmenau) in Bekkers und Muthers Jahrbb. III S. 256 n. 19, Degenkolb, Platzrecht und Miete S. 88 n. 1.

4) Fr. 9 § 1 h. t.

5) Dazu Schmidt, Interdiktenverfahren S. 21 fgg.

6) Ulp. 69 fr. 3 § 15 h. t. Utile de cenaculo: fr. 27 de don. (39. 5).

7) Ulp. 69 fr. 3 § 16 h. t. Utile de usu: fr. 3 § 16 cit.

8) Ulp. 69 fr. 3 § 14 h. t.

9) Ulp. 69 fr. 3 § 17 h. t.

10) Bezüglich der res mobiles vgl. Paul. sent. fr. 60 pr. de usuf. (7. 1).

§ 246. *NE UIS FIAT EI, QUI DAMNI INFECTI IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT.*

Ulp. 69[1]), Paul. 65[2]).

Ulp. 69 fr. 4 pr. ne uis fiat ei (43. 4):

Per interdictum etiam ei subuenit praetor, qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei uis fiat.

Ulp. 69 fr. 4 § 4 eod.:

Item subiectum, si ex alia causa in possessionem missus prohibitus esse dicetur, habere in factum actionem.

Das Interdict hatte die ständige[3]) exceptio „si eo nomine ex edicto meo promissum satisue datum[4]) non est et per te stat, quo minus ita promittatur satisue detur". Ulp. 69 fr. 4 § 1 eod.

§ 247. UTI POSSIDETIS[5]).

Ulp. 69[6]). 70[7]), Paul. 65[8]), Gai. 25[9]), Venulei. 1 interd.[10]).

1.

Das interdictum Uti possidetis ist uns in zwei leicht von einander abweichenden Fassungen erhalten. Die eine bei Ulp. 69 fr. 1 pr. h. t.:

UTI EAS AEDES[11]), QUIBUS DE AGITUR, NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO[12]) ALTER AB ALTERO[13]) POSSIDETIS[14]), QUO MINUS ITA POSSIDEATIS, UIM FIERI UETO[15]).

Die zweite bei Festus s. v. possessio:

UTI NUNC POSSIDETIS EUM FUNDUM, QUO DE AGITUR, QUOD NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, ITA POSSIDEATIS . ADUERSUS EA UIM FIERI UETO.

1) Fr. 4 ne uis fiat ei (43. 4).

2) Fr. 61 de V. S. (50. 16).

3) Fr. 4 § 1 eod. v. „non tenebit interdictum". Bestritten von Schmidt, a. a. O. S. 96, von der irrigen Voraussetzung aus, das Interdict habe sich auf alle Fälle der missio, nicht bloss auf die damni infecti nomine, bezogen.

4) Paul. 65 fr. 61 de V. S. (50. 16).

5) D. (43. 17), C. (8. 6). Ulp. 69 fr. 1 § 4 h. t.: hoc interdictum, quod uolgo uti possidetis appellatur, ... consequenter proponitur post interdictum unde ui.

6) Fr. 1, 3 h. t., fr. 60 de V. S. (50. 16).

7) Fr. 4 h. t., fr. 2, 6, 12 de a. u. a. p. (41. 2), fr. 154 de R. I. (50. 17). Für das 70te Buch reservirte sich Ulpian die Detailerörterung der exceptio uitiosae possessionis und die utilia interdicta. Auf letztere beziehen sich: fr. 4 h. t., fr. 2, 12 pr. (§ 1 ist Neben- oder Schlussbemerkung) de a. u. a. p. (41. 2). Auf erstere: fr. 6 eod., fr. 154 de R. I. (50. 17). Die Erörterung des Begriffs clam possidere in fr. 6 cit. darf daher nicht etwa zu einem Schluss auf die Existenz eines in lib. 70 besprochenen interdictum de clandestina possessione verleiten. Vgl. in fr. 6 § 1 cit. die Worte: retinet ergo possessionem. Wegen fr. 7 § 5 comm. diu. (10. 3) vgl. Savigny, Besitz (7. Aufl.) S. 456, Witte, das interd. Uti poss. S. 45. 72.

8) Fr. 2 h. t., fr. 155 de R. I. (50. 17).

9) Fr. 3 de prec. (43. 26).

10) Fr. 52 de a. u. a. p. (41. 2).

11) Utile: ex quibus proiectum est, fr. 3 § 6 h. t.

12) Perpetuo insunt: fr. 1 § 5. 9, fr. 3 pr. h. t. Commentar s. n. 7 und ferner Gai. 25 fr. 3 de prec. (43. 26).

13) Paul. 65 fr. 2 h. t.

14) Ulp. 69 fr. 3 § 2—10 h. t.

15) Zum Ganzen vgl. noch Diocl. et Max. c. 1 h. t.: Uti possidetis fundum d. q. a., cum ab altero nec ui nec clam nec precario possidetis, rector prouinciae uim fieri prohibebit.

Ohne Zweifel haben wir in der Relation des Festus eine ältere Fassung des Interdicts vor uns[1]), die späterhin verlassen wurde. Die Fassung des Ulpianschen Berichts wird auch durch Gai. IV 160 bestätigt, wo es abgekürzt heisst:

Uti *nunc* possidetis, quo minus ita possideatis, ui*m* fieri ueto.

Freilich aber wird auch im Julianischen Edict für den fundus entweder ein besonderes Interdict proponirt oder aber der fundus neben den aedes im selben Interdict genannt gewesen sein. Ein Aufgeben des alten Musterbeispiels ist schon an sich nicht wahrscheinlich, um so weniger als der fundus sonst überall in den Interdicten die erste Rolle spielt, — man denke z. B. an das interdictum utile Unde ui[2]) und das Interdict Quem fundum[3]). Dazu kommt, dass sowohl bei Gai. IV 166ᵃ als auch in § 4ᵃ I. de interd. (4. 15) bei Besprechung unseres Interdicts die fundi possessio an erster Stelle (vor der aedium possessio) figurirt, dass auch Ulp. 69 in fr. 1 § 7 h. t., wo er anfängt die Interdictsworte einzeln vorzunehmen, gleich sofort von der fundi possessio spricht, und endlich, was ganz entscheidend ist, dass Ulp. 69 in dem zweifellos gerade hieher gehörigen fr. 60 de V. S. (50. 16) die Worte fundus und locus ausführlich erläutert. Nach letzterer Stelle ist anzunehmen, dass das Interdict auch den Schutz des Besitzes an einem blossen „locus" vorsah[4]).

An das Formular oder die Formulare des Interdicts lehnte sich im Album zunächst der Satz an:

De cloacis hoc interdictum non dabo[5]).

Weiter aber ein ziemlich umfangreiches, das fernere Verfahren betreffendes Edict, dessen Inhalt sich aus dem Bericht des Gai. IV 166—169 erkennen lässt. Es waren nämlich hier proponirt:

1) Ein Edict über die fructus licitatio nebst der zugehörigen stipulatio fructuaria, Gai. IV 166:

> .... (*et uter eorum uicerit*) fructus licitando, is tantisper in possessione co*n*stituitur, si modo aduersario suo fructuaria stipu*latione caue*rit, cuiu*s* uis *et* potestas haec est, ut si contra eum *de poss*essio*ne* pronun*tiatum f*uer*it*, *e*am summam aduersario soluat.

Vgl. Gai. IV 167—169[6]). Die stipulatio fructuaria ist in fr. 4 § 2 de V. O. (45. 1) erwähnt; eine Reconstruction zu versuchen wäre aussichtslos[7]).

2) Edict über die Sponsionen und Restipulationen ex interdicto nebst zugehörigen Formularen, Gai. IV 166:

> .... postea alter alterum sponsione prouocat, quod aduersus edictum praetoris possidenti si*b*i *u*is facta *sit*, et inuicem ambo restipulantur aduersus sponsionem: uel .... una inter eos sponsio item*que re*stipulatio u*na* ...... ad eam fit.

1) Dernburg, Festgaben für Heffter S. 106 fgg.

2) Fr. 3 § 15 unde ui (43. 16).

3) Ulp. instit. fr. Vindob. § 4.

4) Vgl. fr. 3 § 4. 6 h. t. Frontin. de controu. agr., ed. Lachm. p. 44, 4: De loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet.

5) Ulp. 69 fr. 1 pr. h. t.

6) Zu Gai. IV 168 vgl. Paul. 65 fr. 155 pr. de R. I. (50. 17).

7) Stilistisch verunglückt — es scheinen einige Worte ausgelassen zu sein — ist die Reconstruction Rudorffs, E. P. § 247 p. 218.

Vgl. Gai. IV 166[a]. 167, Ulp. instit. fr. Vindob. § 5. Ueber die sponsio und restipulatio sind wir ziemlich genau unterrichtet. Der Bericht des Gaius über ihren Inhalt wird bestätigt durch Cic. pro Caec. c. 16 § 45:

> sponsionem facere . . . . ., ni aduersus edictum praetoris uis facta esset.

Ferner aber ist uns in fr. 1 pr. h. t. ein Teil des Edicts erhalten, worin sich der Prätor über die Höhe der Sponsionssumme äusserte[1]):

> Ait praetor: . . . . . . neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

Augenscheinlich nämlich stand statt des „agere permittam" der Compilatoren — wann in aller Welt erteilt der Prätor Actionen auf „neque pluris quam quanti ea res erit"? — im Edict: sponsionem facere permittam[2]); die ganze Stelle aber dürfte ursprünglich gelautet haben:

> *quanti uter iurauerit non calumniae causa se postulare sponsionem fieri, neque pluris, quam quanti res erit*[3]), *intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, sponsionem restipulationemque facere permittam.*

3) Edict über das iudicium Cascellianum siue secutorium nebst dessen Formel, Gai. IV 166[a]:

> iudex . . . . . . requirit . . . . ., uter eorum eum fundum easue aedes, per id tempus quo interdict*um* redditur, nec ui nec clam nec precario poss*e*der*it* . cum iudex id explorauerit et forte secundum me iudicatum sit, aduersarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat . . . . . . et hoc amplius, si apud aduersarium meum possessio est, qu*ia* is fructus licitatione uicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano siue secutorio iudicio condemnatur.

Auf die condemnatio „quanti ea res erit" bezieht sich Ulp. 69 fr. 3 § 11 h. t.[4]).

4) Edict über das iudicium fructuarium nebst Formel, Gai. IV 169:

> Admonendi tamen sumus liberum esse ei, qui fructus licitatione uictus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano siue secutorio iudicio de p*ossess*ione reciperand*a* experitur, ita *similiter* de fructus licitatione agere: in quam rem proprium iudicium comparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actor iudicatum solui satis accip*it*.

In dem iudicium fructuarium darf schwerlich mit Schmidt[5]) eine einfach auf die Licitationssumme gerichtete actio in factum concepta erblickt werden; auf diese Weise ist die Existenz dieses iudicium neben der stipulatio fructuaria

1) Die herrschende Meinung deutet dies Edict fälschlich auf das iudicium secutorium. S. z. B. Schmidt, a. a. O. S. 257, Rudorff, E. P. § 247, Mommsen in seiner Digestenausgabe ad h. l., Bruns, Besitzklagen S. 44. 56. Weniger deutlich: Keller, Zschr. f. gesch. R. W. XI S. 308.

2) Vgl. zur Ausdrucksweise Gai. IV 171: sponsionem facere permittitur. Der Ausdruck „actionem permittam" kommt im Edict einmal vor: fr. 10 pr. quae in fraud. cred. (42. 8), „agere permittam" nirgends.

3) Aehnlich beim Vadimonium: Gai. IV 186.

4) Schmidt, a. a. O. S. 256 fg.

5) a. a. O. S. 290.

unerklärlich. Vielmehr ging das iudicium sehr wahrscheinlich auf den Ersatz des durch den Ausgang der fructus licitatio dem Kläger verursachten Schadens[1]) (quanti ea res erit), und seine Einführung beruht auf der naheliegenden Erwägung, dass sich bei der fructus licitatio die Dauer des Prozesses und daher auch die Bedeutung der Vorteile des interimistischen Besitzes sehr häufig noch nicht übersehen lässt, so dass die Licitationssumme dem Kläger mitunter keine hinreichende Entschädigung für den entbehrten Besitz[2]) gewähren würde. Ein Reconstructionsversuch wäre natürlich aussichtslos[3]).

5) Die interdicta secundaria, Gai. IV 170:

> .... quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparauit interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur . quoru*m uis et potesta*s *haec est, ut qui* cetera ex interdicto non faci*at*, ueluti qui uim non faciat aut fructus non lice*a*tur aut qui fructus licitationis sat*is* non d*e*t aut si sponsione*s* non faci*at* sponsion*um*ue iudicia non accipiat, siue possidea*t*, restituat aduersario possessionem, *siue non possideat*, *uim i*lli possiden*ti* n*e* faciat.

Sichere Spuren der secundaria interdicta[4]) finden sich in den Digesten nicht. Wahrscheinlich gehört hieher[5]) Venulei. 1 fr. 52 § 2 de a. u. a. p. (41. 2):

> Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti uim fieri: statim enim cedere aduersarium et uacuam relinquere possessionem iubet, quod multo plus est quam restituere.

Die Stelle wird sich auf die restitutorisch-prohibitorische Fassung dieser Interdicte beziehen. Vielleicht auf die uis ex conuentu[6]) zu deuten ist Paul. 65 fr. 155 § 1 de R. I. (50. 17):

> Non uidetur uim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur.

Erhebung der Vindication, kann Paulus sagen wollen, ist kein uim facere: der Vindicant bleibt also trotzdem zum uim facere verpflichtet.

2.

Unter den verschiedenen Fällen, in denen das interdictum U. P. als utile erteilt wird[7]), war einer im Edict ausdrücklich berücksichtigt: der, wo über den Quasibesitz eines Niessbrauchs gestritten wurde, fr. Vat. 90:

> .... interdictum uti possidetis utile hoc nomine proponitur ....., quia (*scil.* usufructuarius) non possidet.

1) Darum heisst es bei Gai. l. c. „de fructus licitatione agere".

2) Man muss dabei nicht bloss an die vom Beklagten gezogenen Früchte denken, die dieser nach Gai. IV 167 ohnedies herausgeben muss, sondern an die Gesammtheit der Besitzvorteile.

3) Gemacht sind solche von Schmidt, a. a. O. S. 290, und von Rudorff, E. P. § 247 n. 218, beide unhaltbar.

4) Beachtenswertes über dieselben bei Bekker, Aktionen II S. 53 n. 5.

5) So auch Rudorff, E. P. § 247 n. 20.

6) Ueber diese vgl. Cic. pro Caec. c. 1, 7, 8, 10, 11, 16, 32. Bruns Besitzklagen, S. 32 fgg., Wach in Kellers C. P. (5. Aufl.) n. 873, wo Literatur (hinzuzufügen: Münderloh, Zschr. d. Sav.-St. III S. 219 fgg.).

7) Vgl. z. B. fr. 3 § 4 h. t., fr. 14 de iniur. (47. 10).

Vgl. fr. 27 de donat. (39. 5).

Die Fassung ist durch das Beispiel des interdictum de superficiebus — fr. 1 pr. de superfic. (43. 18) — gegeben:

> *Uti eo fundo*[1]) *q. d. a. nec ui nec clam nec precario alter ab altero utimini fruimini, quo minus ita utamini fruamini, uim fieri ueto.*

Von diesem Interdict sagt Ulp. 70 fr. 4 h. t.:

> In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat.

Dass das Interdict auch im zweitgenannten Falle erteilt wurde, ist sehr natürlich. Denn, wenn der eine Teil nicht Sachbesitz, sondern bloss tatsächliches uti frui behauptete, konnte der andere Teil mit der Behauptung des blossen possidere nicht gehört werden — sein possidere wäre ja mit dem uti frui des Gegners durchaus verträglich, also keine Negation der Gegenbehauptung —, vielmehr konnte er nur mit der Behauptung durchdringen, er selbst habe das Grundstück tatsächlich im Genuss gehabt: daraus ergab sich aber von selbst die Formel „uti utimini fruimini[2])".

§ 248. A QUO FUNDUS PETETUR SI REM NOLIT DEFENDERE[3]).

Ulp. 70[4]).

1.

Paul. 63 fr. 2 i. f. de interd. (43. 1):

> Sunt interdicta .... duplicia tam reciperandae quam apiscendae possessionis.

Ulp. inst. fr. Vindob. § 4:

> ..... apiscendae quam reciperandae possessionis, qualia sunt interdicta Quem fundum et Quam hereditatem . nam si fundum uel hereditatem ab aliquo petam nec lis defenda*tur*, cogitur ad me transferre possessionem siue numquam possedi siue an*te posse*di, deinde amisi possessionem.

Vgl. Diocl. et Maxim. c. un. uti poss. (8. 6):

> .. satisdationis uel transferendae possessionis edicti perpetui forma seruata.

Die Anfangsworte des Interdicts waren — arg. fr. Vat. 92 — zweifellos folgende:

> QUEM FUNDUM *ILLE A TE* UINDICARE *UULT*.

1) Utile: fr. 14 de iniur. (47. 10).

2) Verfehlt ist daher Rudorffs Versuch (Zschr. f. gesch. R. W. XI S. 344, E. P. § 248), im obigen Fall das Uti possidetis und Uti utimini zu combiniren.

3) Scaeu. lib. XII quaest. „a quo fundus petetur si rem nolit" fr. 45 de damno inf. (39. 2). Fr. Vat. 92 .... lib. IV de interd. sub titulo „A quo usufructus petetur, si rem nolit defendere".

4) Fr. 156 pr. de R. I. (50. 17), fr. 21 de iudic. (5. 1), fr. 25 de R. V. (6. 1). Die Stellung des Interdicts im Album ergibt sich aus der Vergleichung des hiehergehörigen fr. 156 pr. de R. I. (50. 17) mit dem auf das Interdict de superficiebus bezüglichen § 1 derselben Stelle (= fr. 1 § 4 de superfic.). Die Behauptung Rudorffs, dass das Interdict bei Ulpian nicht an seinem Platz commentirt sei (vgl. E. P. § 244 n. 1), entbehrt des Beweises und ist in der Tat völlig grundlos.

Nach der diesem § vorgesetzten quellenmässig belegten Rubrik ist anzunehmen[1]), dass darauf folgte:

SI REM NOLIS[2]) DEFENDERE, RESTITUAS[3]).

Damit ist aber selbstverständlich der Inhalt des Interdicts nicht erschöpft: denn zur Restitution ist der Beklagte nur verpflichtet, wenn der Kläger seinerseits Satisdation anbietet[4]). Das Interdict hatte also ohne Zweifel die ständige Exception „*si eo nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur*[5])". Weiter aber ist mir wahrscheinlich[6]), dass auch die Bedingung „quem possides doloue malo fecisti quo minus possideres" im Interdict zum Ausdruck kam, so dass das Interdict im Ganzen gelautet hätte:

Quem fundum ille a te uindicare uult, quem possides doloue malo fecisti quo minus possideres, si rem nolis defendere eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur, restituas.

2.

Fr. Vat. 92:

..... lib. IV de interdictis sub titulo „A quo usus fructus petetur[7]), si rem nolit defendere". Sicut corpora uindicanti, ita et ius satisdari oportet: et ideo necessario *ad* exemplum interdicti Quem fundum proponi etiam ei interdictum „Quem usumfructum uindicare uelit[8])" de restituendo usufructu.

Vgl. fr. 60 § 1 de usuf. (7. 1)[9]) = Paul. sent. V 6 § 8b.

1) So auch Rudorff, E. P. § 244.

2) Ulp. 70 fr. 156 pr. de R. I. (50. 17).

3) Vgl. Ulp. 70 fr. 21 de iudic. (5. 1).

4) Arg. Paul. sent. I 11 § 1.

5) Vielleicht ist Paul. 69 fr. 61 de V. S. (50. 16) — die Stelle ist oben auf das Interdict Ne uis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus erit gedeutet worden — hieher zu ziehen: die Inscription erlaubt beide Beziehungen.

6) Arg. Ulp. 70 fr. 25 de R. V. (6. 1), wo erklärt ist, warum nur der eine Fall der ficta possessio im Interdict berücksichtigt ist.

7) Darüber, dass auch im umgekehrten Fall „Ad quem usus fructus pertinere negabitur" ein restitutorisches Interdict zustand, vgl. n. 9. Ob es proponirt war, wissen wir nicht.

8) Im Interdict hiess es „uult"; hier werden die Worte in indirecter Rede angeführt.

9) Die Stelle bedarf nicht der durch Mommsen vorgeschlagenen Verbesserung durch Transposition. Soweit ist Rudorff, Zschr. f. R. G. VI S. 443 n. 20, im Recht; dessen eigene Erklärung des Fragments scheint mir aber nicht ganz klar. Ich verstehe dasselbe folgender Massen. Da die actio confessoria des Usufructuars auch wider den Nichteigentümer geht, so wird der Usufructuar an der Geltendmachung seines Rechts durch einen Streit zwischen zwei Eigentumsprätendenten nicht gehindert; er hält sich an den Besitzer unter beiden. Dieser nun wird die actio confessoria i. d. R., so lange sein eignes Eigentum nicht feststeht, nicht gerne übernehmen wollen: denn entscheidet sich der Eigentumsprozess zu seinen Ungunsten, so hätte er sich durch den Niessbrauchsprozess nur unnütze Mühe und Kosten gemacht. Aber das hilft ihm nichts, da er eben doch der rechte Beklagte ist: wenn er daher rem nicht defendirt, muss er dem Niessbraucher ganz nach der Regel den Besitz herausgeben und dazu — das gehört zur Restitutionspflicht — caviren, dass er jenen so lange im Besitz nicht stören werde, bis über das Niessbrauchsrecht entschieden ist. Analog liegt natürlich die Sache, wenn der Niessbraucher im Besitz ist und vom Eigentumsprätendenten mit der actio negatoria angegriffen wird. Auch er wird den Wunsch haben, den Prozess bis zum Ende des Eigentumsprozesses zu verschieben, da ihm ja, falls sein Gegner in letzterm unterliegt, sein demselben gegenüber erfochtener Sieg ganz nutzlos wäre, und auch er kann diesen Aufschub nur auf Kosten seines Besitzes erlangen (interim usus fructus eius differtur). Freilich: Caution wegen des ihm so entgehenden Fruchtgenusses muss dem Beklagten gestellt werden; sonst bleibt er trotz Mangels gehöriger Defension im Besitz.

§ 249. DE SUPERFICIEBUS[1]).

Ulp. 70[2]), Gai. 25[3]).

Ulp. 70 fr. 1 pr. h. t.:

Ait praetor: UTI EX LEGE LOCATIONIS SIUE CONDUCTIONIS[4]) SUPERFICIE[5]), QUA DE AGITUR, NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO FRUIMINI[6]), QUO MINUS *ITA* FRUAMINI, UIM FIERI UETO. SI QUA ALIA ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR, CAUSA COGNITA DABO.

Das Verfahren betreffend vgl. Ulp. 70 fr. 1 § 2 h. t.:

Omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto seruantur, hic quoque seruabuntur[7]).

Die verheissene (aber nicht proponirte)[8]) alia actio ist in factum zu concipiren[9]), da nach fr. 1 § 4 i. f. h. t. auch die exceptio superficiei so concipirt war.

Utiles actiones: hypothecaria, confessoria, communi diuidundo s. fr. 1 § 6. 8. 9 h. t., fr. 16 § 2 de pigner. act. (13. 7).

§ 250. DE ITINERE ACTUQUE PRIUATO[10]).

Ulp. 70[11]), Paul. 66[12]), Iulian. 48[13]), Venulei. 1 interd.[14]).

1.

Ulp. 70 fr. 1 pr. h. t.:

Praetor ait: QUO ITINERE ACTUQUE[15]) [priuato][16]), QUO DE AGITUR, [uel uia][17]) HOC ANNO[18]) NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO

1) D. (43. 18).

2) Fr. 1 h. t., fr. 156 § 1 de R. I. (50. 17) = fr. 1 § 4 h. t.

3) Fr. 2 h. t.

4) Venditionis? So Puchta, Curs. d. Instit. § 244 n. b, Rudorff, E. P. § 249, Degenkolb, Platzrecht und Miete S. 26. A. M., m. E. mit Recht, Mommsen, Dig. in h. l. Vgl. Gai. 21 fr. 20 de A. E. V. (19. 1), eine Stelle, die ihrer Inscription nach — Publicanenedict — gerade für den bei öffentlichen Locationen geltenden Sprachgebrauch bedeutsam ist.

5) Degenkolb, a. a. O. S. 54 fg.

6) *Flor.* fruemini.

7) Wie, si alter superficiem alter possessionem sibi defendat? Vgl. einerseits Rudorff, E. P. § 249 n. 3, Witte, das interd. Uti poss. S. 113, andererseits Degenkolb, a. a. O. S. 71 fgg. M. E. ist einfach das unveränderte Interdict de superficiebus, bei dem gewiss nicht bloss an den Fall des Streits zwischen zwei angeblichen Superficiaren gedacht ist, auch hier anzuwenden, und fr. 3 § 7 i. f. uti poss. (43. 17) will lediglich besagen, dass der Prätor, wenn auf der einen Seite superficiarischer Besitz behauptet wird, das interdictum Uti possidetis verweigert und nur das interdictum de superficiebus erteilt.

8) S. Wlassak, Edict und Klageform S. 100.

9) Savigny, System V S. 81 n. i[1]: S. p. A^m A^m superficiem in perpetuum conduxisse (besser: conductam habere, s. S. 147 n. 8).

10) D. (43. 19).

11) Fr. 1, 3, 5 h. t., fr. 3 si seru. (8. 5), fr. 35 de A. E. V. (19. 1), fr. 156 § 2—4 de R. I. (50. 17). Fr. 5 h. t. falsch Ulp. 20 inscribirt. Zu fr. 156 § 2 de R. I. cf. fr. 3 § 2 h. t.

12) Fr. 2, 6 h. t., fr. 5 quemadm. seru. (8. 6), fr. 29 de V. S. (50. 16) — itinere actuque, vgl. fr. 1 § 4 h. t.

13) Cit. fr. 2 § 3 si seru. (8. 5).

14) Fr. 4 h. t.

15) Ulp. 70 fr. 1 § 4 h. t., Paul. 66 fr. 29 de V. S. (50. 16).

16) Glossem (so Mommsen; a. M. Schmidt, a. a. O. S. 79 n. 7). Das Wort ist in der Rubrik verständlich, im Interdict aber überflüssig und bei Ulpian nicht commentirt.

17) Glossem (so Mommsen; a. M. Schmidt a. a. O.). Die uia, die hier nachhinkt, war, wie aus zahlreichen Stellen des Commentars hervorgeht — vgl. z. B. fr. 1 § 2. 4. 9 h. t. —, im iter actusque als Unterart inbegriffen. Vgl. auch fr. 3 § 11 h. t.

18) Ulp. 70 fr. 1 § 3 h. t. Repetita die: fr. 1 § 9. 10 h. t., vgl. Schmidt, a. a. O. S. 229.

AB ILLO[1]) USUS ES[2]), QUO MINUS ITA UTARIS, UIM FIERI UETO[3]).

Ulp. 70 fr. 1 § 37 de aqua cottid. (43. 20):

..... de itinere actuque et successoribus[4]) dantur interdicta et emptori. Das Interdict für den emptor ist kurz zusammengefasst bei Paul. 63 fr. 2 § 3 de interd. (43. 1):

Quo itinere uenditor usus est, quo minus emptor utatur, uim fieri ueto.

Genauer wird es gelautet haben:

Quo itinere actuque q. d. a. is, a quo emisti[5]), *hoc anno n. u. n. c. n. p. ab illo usus est*[6]), *quo minus ita utaris, u. f. u.*

Das umgekehrte Interdict

Quo itinere actuque ...... ab eo, unde ille emit, usus es

war im Edict nicht verheissen[7]), wurde aber doch wohl auf Antrag erteilt.

Condemnatio („quanti ea res erit") im iudicium secutorium: Ulp. 70 fr. 3 § 3 h. t.

2.

Ulp. 70 fr. 3 § 11 h. t.:

Ait praetor: Q*uo*[8]) ITINERE ACTUQUE HOC ANNO NON UI NON CLAM NON PRECARIO AB *ILLO*[9]) USUS ES, QUO MINUS ID ITER ACTUMQUE, UT TIBI IUS EST[10]), REFICIAS[11]), UIM FIERI UETO. QUI HOC INTERDICTO UTI UOLET, IS ADUERSARIO DAMNI INFECTI, QUOD PER EIUS *OPERIS*[12]) UITIUM DATUM SIT, CAUEAT.

Einen Zusatz hinsichtlich der Successoren hatte dies Interdict nicht: arg. Ulp. 70 fr. 5 § 2 h. t.

§ 251. DE AQUA COTTIDIANA ET AESTIUA[13]).

Ulp. 70[14]).

Ulp. 70 fr. 1 pr. h. t.:

Ait praetor: UTI HOC ANNO AQUAM[15]), QUA DE AGITUR, NON UI NON CLAM NON PRECARIO AB ILLO DUXISTI[16]), QUO MINUS ITA[17]) DUCAS, UIM FIERI UETO[18]).

1) Ulp. 70 fr. 1 § 11—ult., fr. 3 pr.—§ 2 h. t., Paul. 66 fr. 2 h. t.

2) Ulp. 70 fr. 1 § 5—10 h. t., Paul. 66 fr. 5 quemadm. seru. (8. 6). Der Usufructuar kann sagen „usus sum" und hat daher das interd. directum, nicht utile. Vgl. fr. 3 § 4. 5 h. t., fr. 2 § 3 si seru. (8. 5).

3) Fr. 1 § 1 h. t.: hoc interdictum prohibitorium est.

4) Auch den prätorischen: fr. 1 § 37 cit.

5) Utilia: Ulp. 70 fr. 3 § 6—10 h. t. Vgl. Schmidt, a. a. O. S. 20 n. 10. Der Käufer kann sich, wenn er will, natürlich auch auf seine eigene Rechtsausübung ausschliesslich berufen: hieher vielleicht fr. 156 § 4 de R. I. (50. 17).

6) Paul. 66 fr. 6 h. t.

7) Arg. fr. 3 § 2 h. t. Dazu gegen Savigny, Recht d. Besitzes (7. Aufl.) S. 488: Rudorff, ebendaselbst S. 716 n. 166.

8) *Flor.* qui.

9) *Flor.* alio.

10) *Flor.* esset. Zur Sache: Ulp. 70 fr. 3 § 13. 14 h. t. Utile: fr. 5 § 3 h. t.

11) Ulp. 70 fr. 3 § 15. 16, fr. 5 pr. § 1 h. t., Venul. fr. 4 h. t.

12) Vgl. Ulp. 70 fr. 5 i. f. h. t.

13) D. (43. 20).

14) Fr. 1 h. t.

15) Ulp. 70 fr. 1 § 2—14 h. t. Cottidianam: fr. 1 § 2—4. Perennem: fr. 1 § 5. Quae duci possit: fr. 1 § 6. A capite: fr. 1 § 7. 8 h. t.

16) Ulp. 70 fr. 1 § 19—24 h. t.

17) Ulp. 70 fr. 1 § 15—18 h. t.

18) Ulp. 70 fr. 1 § 25 h. t. Duplex inter riuales: fr. 1 § 26 h. t. Utile, ne quid in illo

Ulp. 70 fr. 1 § 29 h. t.:

Deinde ait praetor: Uti priore aestate[1]) aquam, qua de agitur, nec ui nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, uim fieri ueto.

Item inter heredes *et* emptores et bonorum possessores interdicam[2]).

Ulp. 70 fr. 1 § 38 h. t.:

Ait praetor: Quo ex castello[3]) illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit[4]), permissum est, quo minus ita uti permissum est[5]) ducat, uim fieri ueto[6]). quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti caueri iubebo[7]).

Officium iudicis im iudicium secutorium de aqua cottidiana: fr. 1 § 23 h. t.

§ 252. DE RIUIS[8]).

Ulp. 70[9]), Paul. 66[10]), Venulei. 1 interd.[11]).

Ulp. 70 fr. 1 pr. h. t.:

Praetor ait: Riuos[12]) specus[13]) septa[14]) reficere[15]) purgare[16]) aquae ducendae causa[17]) quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti *hoc anno aut*[18]) priore aestate non ui non clam non precario a te duxit[19]), uim fieri ueto[20]).

§ 253. DE FONTE[21]).

Ulp. 70[22]).

Ulp. 70 fr. 1 pr. h. t.:

Praetor ait: Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec ui nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, uim fieri ueto. de lacu puteo piscina item interdicam[23]).

Ulp. 70 fr. 1 § 6 h. t.:

Deinde ait praetor: Quo minus fontem quo de agitur purges reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti

fundo faciat . . . . ., qua ex re ea aqua . . . . . corrumpatur deteriorue fiat: fr. 1 § 27 h. t. Exceptio: fr. 1 § 28 h. t.

1) Ulp. 70 fr. 1 § 30—36 h. t. Neratius fr. 6 h. t. Utile, si hieme: fr. 1 § 35, si hac aestate: fr. 1 § 36 h. t.

2) Ulp. 70 fr. 1 § 37 h. t.: haec uerba . . . etiam ad cottidianam . . . . . referenda esse.

3) Ulp. 70 fr. 1 § 39—41 h. t.

4) Ulp. 70 fr. 1 § 42 h. t. Lex Ursonit. c. 100.

5) Ulp. 70 fr. 1 § 43. 44 h. t.

6) Wegen der Successoren (auf die das ius impetratae aquae nicht übergeht) vgl. Frontin. de aquaeduct. c. 107.

7) Cf. edict. Augusti de aquaeductu Venafrano lin. 28. 29: dum ob eas res iurato promittatur.

8) D. (43. 21).

9) Fr. 1, 3 h. t.

10) Fr. 2 h. t.

11) Fr. 4 h. t.

12) Ulp. 70 fr. 1 § 2 h. t.

13) Ulp. 70 fr. 1 § 3 h. t.

14) Ulp. 70 fr. 1 § 4 h. t. Incilia fossas puteos: fr. 1 § 5 h. t. (auch diese scheinen im Interdict genannt gewesen zu sein).

15) Ulp. 70 fr. 1 § 6 h. t.

16) Ulp. 70 fr. 1 § 7 h. t.

17) Ulp. 70 fr. 1 § 8 h. t.

18) Ulp. 70 fr. 1 § 9 h. t.

19) Ulp. 70 fr. 1 § 10. 11, fr. 3 pr.—§ 2 h. t., Paul. 66 fr. 2 h. t., Venulei. 1 fr. 4 h. t.

20) Utilia: Ulp. 70 fr. 3 § 6. 7 h. t.

21) D. (43. 22).

22) Fr. un. h. t.

23) Zum Ganzen: Ulp. 70 fr. 1 § 1—5 h. t. Zu fr. 1 § 2 h. t. vgl. fr. 1 § 18 de aqua cott. (43. 20).

HOC ANNO NON UI NON CLAM NON PRECARIO AB ILLO USUS ES[1]), UIM FIERI UETO.

Ulp. 70 fr. 1 § 10 h. t.:

Sed et de lacu puteo piscina reficiendis purgandis interdictum competit.

§ 254. DE CLOACIS[2]).

Ulp. 71[3]), Venulei. 1 interd.[4]).

Ulp. 71 fr. 1 pr. h. t.:

Praetor ait: QUO MINUS ILLI CLOACAM[5]), QUAE EX AEDIBUS EIUS IN TUAS[6]) PERTINET[7]), QUA DE AGITUR, PURGARE REFICERE LICEAT, UIM FIERI UETO. DAMNI INFECTI, QUOD OPERIS UITIO FACTUM SIT, CAUERI IUBEBO[8]).

Ulp. 71 fr. 1 § 15 h. t.:

Deinde ait praetor: QUOD IN CLOACA PUBLICA FACTUM SIUE [EA] IMMISSUM HABES, QUO USUS EIUS DETERIOR SIT FIAT, RESTITUAS. ITEM NE QUID FIAT IMMITTATURUE, INTERDICAM[9]).

§ 255. *A QUO SERUITUS PETETUR SIUE AD EUM PERTINERE NEGABITUR, SI REM NOLIT DEFENDERE.*

Die Grundsätze des interdictum Quem fundum galten entsprechend auch im Prozess um Realservituten.

Paul. sent. V 6 § 8c = fr. 7 de aqua cott. (43. 20):

Si de uia itinere actu aquae ductu agatur[10]), huiusmodi cautio praestanda est, quamdiu quis de iure suo doceat, non se impediturum agentem et aquam ducentem et iter facientem. quod si neget ius esse aduersario agendi aquae ducendae[11]), cauere sine praeiudicio amittendae seruitutis debebit, donec quaestio finietur, non se usurum.

Afric. fr. 15 de O. N. N. (39. 1):

Si prius quam aedificatum esset, ageretur ius uicino non esse aedes altius tollere nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cauere iuberet non prius se aedificaturum, quam ultro egisset ius sibi esse altius tollere. idemque e contrario, si, cum quis agere uellet ius sibi esse inuito aduersario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cauere aduersarium iuberet, nec opus nouum se nuntiaturum nec aedificanti uim facturum. eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere.

1) Ulp. 70 fr. 1 § 8. 9 h. t.
2) D. (43. 23).
3) Fr. 1 h. t.
4) Fr. 2 h. t.
5) Ulp. 71 fr. 1 § 3. 4. 6 h. t.
6) Ulp. 71 fr. 1 § 8. 9 h. t. Utile, si in aream, agrum etc.: l. c.
7) Ulp. 71 fr. 1 § 10 h. t.
8) Ulp. 71 fr. 1 § 14 h. t.
9) Utile prohibitorium de noua facienda? Venulei. fr. 2 h. t.
10) Scil. *confessoria actione nec res defendatur.* Vgl. Rudorff, E. P. § 246 n. 1.
11) Scil. *nec res defendatur.*

Scaeu. lib. XII quaest. „a quo fundus petetur, si rem nolit" fr. 45 de damno inf. (39. 2):

> Aedificatum habes: ago tibi ius non esse habere: non defendis . ad me possessio transferenda est, non quidem, ut protinus destruatur opus . . . . . ., sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris ius tibi esse aedificatum habere.

Obige Stellen machen es gewiss sehr wahrscheinlich, dass im Album ein dem Interdict Quem fundum entsprechendes Interdict für den in der Rubrik dieses § bezeichneten Fall proponirt war. Eine Spur desselben in den Commentaren findet sich nicht. Vermutlich aber stand es am Schlusse der interdicta de seruitutibus, ganz wie das Interdict Quem fundum den Schluss der Interdicte de rebus soli bildet.

Das Interdict muss bei seruitutes rusticae immer prohibitorisch gedacht werden; bei seruitutes urbanae bald restitutorisch bald prohibitorisch, je nachdem ein dem geltend gemachten Recht widersprechender Zustand bereits hergestellt war oder nicht[1]).

§ 256. QUOD UI AUT CLAM FACTUM ERIT, UT RESTITUATUR[2]).

Ulp. 71[3]), Paul. 67[4]), Iulian. 48[5]), Venulei. 2 interd.[6]).

Ulp. 71 fr. 1 pr. h. t.:

> Praetor ait: QUOD[7]) UI[8]) AUT[9]) CLAM[10]) FACTUM EST[11]), QUA DE RE AGITUR, ID, *SI NON PLUS QUAM ANNUS EST* CUM EXPERIENDI POTESTAS EST[12]), RESTITUAS[13]).

Bei Erlassung des Interdicts in concreto wurde der Ort des opus factum angegeben[14]), nicht dagegen, wenigstens nicht regulärer Weise, die Person des Täters[15]).

1) Auch **Burckhard**, die O. N. N. (Fortsetzung von Glück, Serie der Bücher 39. 40. I) S. 353 fgg., nimmt zwiefache Fassung nach Verschiedenheit der Fälle an.

2) D. (43. 24). Vgl. fr. 1 § 1 de O. N. N. (39. 1): interdictum „quod ui aut clam factum erit, ut restituatur".

3) Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15 h. t., fr. 157 pr. de R. I. (50. 17) = fr. 11 § 7 h. t. Fr. 5 h. t. falsch Ulp. 70 inscribirt.

4) Fr. 6, 16 h. t., fr. 4 de interd. (43. 1), fr. 17 de O. N. N. (39. 1) falsch Paul. 57 inscribirt.

5) Cit. fr. 4 § 4, 6 pr. de in diem add. (18. 2) cf. fr. 11 § 10 h. t. **Mommsen** hat in fr. 4 § 4 die vom Corrector der Flor. beseitigte falsche Lesart Iulian. 88 aufgenommen. Fr. 2 § 2 sol. matr. (24. 3)? ad uocem „clam"?

6) Fr. 2, 4, 8, 10, 12, 22 h. t.

7) In solo: Ulp. 71 fr. 1 § 4, fr. 7 § 5 sqq. h. t., Paul. fr. 20 § 4 h. t.

8) Ulp. 71 fr. 1 § 5—ult., fr. 3 pr.—§ 6 h. t., Venul. 2 fr. 2 h. t., Paul. fr. 20 pr.—§ 3 h. t. Exceptiones: Ulp. 71 fr. 3 § 2 sqq.

9) Ulp. 71 fr. 11 § 5 h. t.

10) Ulp. 71 fr. 3 § 7. 8, fr. 5 pr.—§ 7 h. t., Venul. 2 fr. 4 h. t.

11) Ulp. 71 fr. 5 § 8—ult., fr. 7 pr. § 1 h. t., Paul. 67 fr. 6 h. t. Utile wider Tutor oder Curator, si eius iussu factum est: Ulp. 71 fr. 11 § 6 ict. fr. 5 § 10 h. t.

12) Ulp. 71 fr. 15 § 4—6 h. t. Causa cognita remittitur: fr. 15 § 5 h. t. In den Digesten sind die Worte „si non plus quam annus est" durch Abschreiberversehen ausgelassen. Gegen Stölzels unüberlegten Vorschlag statt „id" zu lesen „intra annum" vgl. **Schmidt**, krit. Vschr. VII S. 289 fgg., **Rudorff**, E. P. § 257 n. 7.

13) In heredem ceterosque successores datur in id, quod ad eos peruenit: Ulp. 71 fr. 15 § 3 h. t. Exceptio: quod non tu ui aut clam feceris, Ulp. 71 fr. 7 § 3 h. t., Venulei. 2 fr. 22 § 2 h. t.

14) Venulei. 2 fr. 22 § 4 h. t.

15) arg. Ulp. 71 fr. 5 § 8, fr. 11 § 6 h. t. (v. „utile interdictum").

Von der formula arbitraria oder dem iudicium secutorium handelt ex professo: Ulp. 71 fr. 15 § 7—12 h. t. Das „neque ea res arbitrio tuo restituetur“ liegt zu Grunde und klingt zum Teil sehr deutlich an in Ulp. 71 fr. 7 § 1, 15 § 7. 8. 10. 11 h. t., Venul. 2 fr. 22 § 2 h. t., Pompon. fr. 21 pr. h. t., vgl. ferner: Ulp. 71 fr. 7 pr. § 3 i. f., fr. 13 § 7 h. t., Paul. 67 fr. 16 § 2 h. t., Iulian. fr. 14 h. t., Paul. fr. 38 § 11 de usur. (22. 1), fr. 5 de interd. (43. 1). Auf das „quanti ea res erit“ der Condemnation gehen Ulp. 71 fr. 15 § 7. 9[1]). 12 h. t., Paul. fr. 15 unde ui (43. 16).

Formula arbitraria und sponsio sind erwähnt bei Cic. pro Tullio c. 23 § 53:

> .... si hodie postulem, quod ui aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris necesse est.

Wo das Interdict wegen der Handlung eines Gewaltunterworfenen erteilt wird, ist es noxal[2]). Die facultas noxae dedendi tritt aber in seiner Fassung nicht hervor, sondern beruht auf officium iudicis[3]).

§ 257. *SI OPUS NOUUM NUNTIATUM ERIT.*

Ulp. 71, Iulian. 49.

1. (*De remissionibus*).

Ulp. 71[4]), Iulian. 49[5]).

Ulp. 71 fr. 1 pr. h. t.:

> Ait praetor: QUOD IUS SIT ILLI PROHIBERE, NE SE INUITO FIAT[6]), IN EO NUNTIATIO TENEAT . CETERUM NUNTIATIONEM MISSAM FACIO.

Das Remissionsdecret ist ein an den Nuntiaten gerichtetes prohibitorisches Interdict, das an Stelle der in ihrer unbedingten Wirkung beseitigten Nuntiation tritt: die Verwandlung des unbedingten Privatverbots in ein bedingtes prätorisches Verbot[7]).

2. (*Quod ante remissionem factum erit*).

Ulp. 71[8]).

Ulp. 71 fr. 20 pr. de O. N. N. (39. 1):

> Praetor ait: QUEM IN LOCUM[9]) NUNTIATUM EST, NE QUID OPERIS NOUI FIERET, QUA DE RE AGITUR, QUOD IN EO LOCO, ANTEQUAM NUNTIATIO MISSA

1) Zu fr. 15 § 9 vgl. fr. 7 § 4 h. t. v. „simpli (simpli*citer?* Schmidt, Interdiktenverf. S. 255 n. 6) litem aestimandam“ (der Gegensatz ist die Schätzung durch Eid des Klägers).

2) Schmidt, a. a. O. S. 171 fgg.

3) Vgl. fr. 5 de interd. (43. 1) und namentlich fr. 40 § 4 de h. p. (5. 3), wo unser Interdict gerade um der oben bemerkten Tatsache willen citirt ist.

4) Fr. un. de remiss. (43. 25), fr. 12 comm. diu. (10. 3).

5) Fr. 2, 14 de O. N. N. (39. 1), cit. fr. 5 § 16 eod.; fr. 16 de seru. (8. 1) cf. fr. 1 i. f. (43. 25).

6) Ulp. 71 fr. un. § 3—5 de remiss. (43. 25), fr. 12 comm. diu. (10. 3).

7) Vgl. Burckhard, die O. N. N. (Fortsetzung von Glück, Serie der Bücher 39. 40. I) S. 297 fgg., wo die abweichenden Ansichten m. E. überzeugend widerlegt sind. Ueber die (zu bejahende) Frage, ob im Remissionsverfahren vor dem Prätor vom Remissionssucher Caution geleistet werden muss, s. ebendaselbst S. 337 fgg.

8) Fr. 20 pr.—§ 8 de O. N. N. (39. 1).

9) Ulp. 71 fr. 20 § 2 de O. N. N. (39. 1).

FIERET[1]) AUT IN EA CAUSA ESSET, UT REMITTI DEBERET[2]), FACTUM EST[3]), ID RESTITUAS[4]).

Auf das „aduersus edictum praetoris“ der Sponsion deuten Ulp. 52 fr. 5 § 4 de O. N. N. (39. 1), Papinian. fr. 18 pr. eod., Marcell. fr. 22 eod. In fr. 20 § 1 eod. haben die Compilatoren das „contra edictum praetoris“ Ulpians durch „contra interdictum praetoris“ ersetzt.

3. (*Si satisdatum erit*).

Ulp. 71[5]).

Ulp. 71 fr. 20 § 9 de O. N. N. (39. 1):

Deinde ait praetor: QUEM IN LOCUM NUNTIATUM EST, NE QUID OPERIS NOUI FIERET, QUA DE RE AGITUR, SI DE EA RE SATISDATUM EST, QUOD EIUS CAUTUM SIT[6]), AUT PER TE STAT, QUO MINUS SATISDETUR[7]): QUO MINUS ILLI IN EO LOCO OPUS FACERE LICEAT[8]), UIM FIERI UETO.

§ 258. DE PRECARIO[9]).

Ulp. 71[10]), Gai. 26[11]), Iulian. 49[12]), Venulei. 3 interd.[13]).

Ulp. 71 fr. 2 pr. h. t.:

Ait praetor: QUOD PRECARIO AB ILLO HABES[14]) AUT DOLO MALO FECISTI, UT DESINERES HABERE[15]), QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS[16]).

Von der formula arbitraria (oder dem iudicium secutorium) handelt Ulp. 71 fr. 8 § 4—7 h. t. Condemnatio „quanti ea res erit“: fr. 8 § 4 h. t. Vgl. noch Paul. sent. V 6 § 10 (ed. Krüger):

Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat[17]).

1) Ueber die exceptio „qua de re operis noui nuntiationem II uir IIII uir praefectusue eius municipii non remiserit“ — l. Rubria c. 19 — vgl. Burckhard, a. a. O. S. 261 fgg.

2) Ulp. 71 fr. 20 § 4. 5 vgl. fr. 21 § 1 de O. N. N. (39. 1).

3) Ulp. 71 fr. 20 § 3 eod. Vgl. Paul. fr. 81 de V. S. (50. 16).

4) Actio in factum aduersus heredes: Ulp. 71 fr. 20 § 8 eod.

5) Fr. 20 § 9—ult. de O. N. N. (39. 1). Hieher vielleicht auch das fälschlich Ulp. 70 inscribirte fr. 79 de V. O. (45. 1), s. n. 6.

6) Ulp. 71 fr. 79 de V. O. (45. 1).

7) Ulp. 71 fr. 20 § 12—15 de O. N. N. (39. 1).

8) Vgl. fr. 45 § 2 de procur. (3. 3).

9) D. (43. 26), C. (8. 9). Interdictum „de precariis“: Paul. fr. 14 h. t. Interdicto proposito: c. 2 h. t.

10) Fr. 2, 4, 6, 8 h. t., fr. 14 loc. (19. 2) cf. fr. 4 i. f., 6 pr. h. t., fr. 18 de don. (39. 5), fr. 157 § 1. 2 de R. I. (50. 17) cf. fr. 8 § 3. 8 h. t.

11) Fr. 9 h. t.

12) Fr. 19 h. t.

13) Fr. 7, 22 h. t.

14) Ulp. 71 fr. 2 § ult., fr. 4, 6, 8 pr.—§ 2 h. t., Gai. 26 fr. 9 h. t., Iulian. 49 fr. 19 pr. § 1 h. t., Venulei. 3 fr. 7, 22 h. t. Ab illo: fr. 8 pr.—§ 2, fr. 12 § 1 h. t. Interdicto „quod precario habet“: fr. 17 comm. praed. (8. 4).

15) Ulp. 71 fr. 8 § 3 h. t., fr. 157 § 1 de R. I. (50. 17). S. auch fr. 8 § 5 h. t.

16) Ulp. 71 fr. 8 § 4 h. t. Aduersus heredes: Ulp. 71 fr. 8 § 8 h. t., Papinian. fr. 11 de diu. temp. pr. (44. 3), Diocl. et Max. c. 2 h. t., vgl. Schmidt, a. a. O. S. 166. De peculio et de in rem uerso: Pompon. fr. 13 i. f. h. t.

17) Gemeint ist die formula arbitraria.

§ 259. DE ARBORIBUS CAEDENDIS[1]).

Ulp. 71[2]), Gai. 26[3]).

1. SI ARBOR IN ALIENAS AEDES IMPENDEBIT.

Ulp. 71 fr. 1 pr. h. t.:

Ait praetor: QUAE ARBOR[4]) EX AEDIBUS TUIS IN AEDES ILLIUS IMPENDET, SI PER TE STAT, QUO MINUS EAM ADIMAS, TUNC, QUO MINUS ILLI[5]) EAM ARBOREM ADIMERE SIBIQUE HABERE LICEAT, UIM FIERI UETO[6]).

2. SI ARBOR IN ALIENUM AGRUM IMPENDEBIT.

Ulp. 71 fr. 1 § 7 h. t.:

Deinde ait praetor[7]): QUAE ARBOR EX AGRO TUO IN AGRUM ILLIUS IMPENDET, SI PER TE STAT, QUO MINUS PEDES QUINDECIM A TERRA EAM ALTIUS COERCEAS, TUNC, QUO MINUS ILLI ITA COERCERE LIGNAQUE SIBI HABERE LICEAT, UIM FIERI UETO.

§ 260. DE GLANDE LEGENDA[8]).

Ulp. 71[9]).

Ulp. 71 fr. un. pr. h. t.:

Ait praetor: GLANDEM[10]), QUAE EX ILLIUS AGRO IN TUUM CADAT, QUO MINUS ILLI TERTIO QUOQUE DIE LEGERE AUFERRE LICEAT, UIM FIERI UETO.

§ 261. DE HOMINE LIBERO EXHIBENDO[11]).

Ulp. 71[12]), Venulei. 4 interd.[13]).

Ulp. 71 fr. 1 pr. h. t.:

Ait praetor: QUEM LIBERUM[14]) DOLO MALO[15]) RETINES, EXHIBEAS[16])[17]).

Condemnatio: Ulp. 71 fr. 3 § 13 h. t. Officium iudicis: Venulei. 4 fr. 4 § 2 h. t.

1) D. (43. 27). Alex. c. 1 de interd. (8. 1): ...... praeses ad exemplum interdictorum, quae in albo proposita habet: „si arbor in alienas aedes impendebit", item „si arbor in alienum agrum impendebit" ..... rem ad suam aequitatem rediget. Schmidt, a. a. O. S. 12.

2) Fr. 1 h. t.

3) Fr. 62 de V. S. (50. 16) — Analogie zu fr. 1 § 3 h. t.

4) Ulp. 71 fr. 1 § 3 h. t., cf. Gai. IV 11.

5) Ulp. 71 fr. 1 § 4. 5 h. t.

6) Ulp. 71 fr. 1 § 6 h. t.

7) Ulp. 71 fr. 1 § 8 h. t.: Quod ait praetor, et lex duodecim tabularum efficere uoluit. Cf. Pompon. fr. 2 h. t., Paul. sent. V 6 § 13, Festus s. v. sublucare. Die intentio ging nach Pompon. l. c. auf „ius N° N° non esse arborem ita habere". An eine proponirte Formel ist schwerlich zu denken.

8) D. (43. 28).

9) Fr. un. h. t.

10) Fr. un. § 1 h. t. Vgl. Gai. fr. 236 § 1 de V. S. (50. 16).

11) D. (43. 29). Vgl. Paul. 63 fr. 2 § 1 de interd. (43. 1): officii causa de homine libero exhibendo. Paul. sent. V 6 § 14.

12) Fr. 1, 3 h. t.

13) Fr. 2, 4 h. t.

14) Ulp. 71 fr. 3 § 1. 2 h. t.

15) Ulp. 71 fr. 3 § 3—7 h. t., Venulei. 4 fr. 4 pr.—§ 2 h. t.

16) Ulp. 71 fr. 3 § 8 h. t.

17) Hoc interdictum omnibus competit: Ulp. 71 fr. 3 § 9—13 h. t. In absentem: fr. 3 § 14 h. t. Perpetuum: fr. 3 § 15 h. t.

§ 262. DE LIBERIS EXHIBENDIS, ITEM DUCENDIS[1]).

Ulp. 71[2]), Venulei. 4 interd.[3]).

Ulp. 71 fr. 1 pr. h. t.:

Ait praetor: QUI QUAEUE IN POTESTATE[4]) LUCII TITII EST, SI IS EAUE APUD TE EST[5]) DOLOUE MALO TUO FACTUM EST[6]), QUO MINUS APUD TE ESSET, ITA EUM EAMUE EXHIBEAS.

Ulp. 71 fr. 3 pr. h. t.:

Deinde ait praetor: SI LUCIUS TITIUS IN POTESTATE LUCII TITII EST[7]), QUO MINUS EUM LUCIO TITIO DUCERE LICEAT, UIM FIERI UETO.

Ulp. 71 fr. 3 § 6 h. t.:

In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, praetextatum eumque, qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matrem familias deponi praetor iubet.

§ 263. DE LIBERTO EXHIBENDO[8]).

Paul. 67?[9]).

Gai. IV 162:

. . . . exhibitorium interdictum redditur, ueluti ut . . . . exhibeatur libertus, cui patronus operas indicere uellet[10]).

Cf. § 1 I. de interd. (4. 15).

§ 264. UTRUBI[11]).

Ulp. 72[12]), Paul. 68[13]), Gai. 26[14]), Venulei. 5 interdict.[15]).

Ulp. 72 fr. un. pr. h. t.:

Praetor ait: Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, uim fieri ueto.

Gai. IV 160:

Utrubi hic homo, de quo agitur, [apud quem][16]) maiore

1) D. (43. 30), C. (8. 8). Cf. Paul. 63 fr. 2 § 1 de interd. (43. 1), Antonin. c. 1 h. t.

2) Fr. 1, 3 h. t., fr. 63 de V. S. (50. 16).

3) Fr. 5 h. t.

4) Ulp. 71 fr. 1 § 1 h. t. Manu mancipio potestate (cf. Prob. Einsidl. 31)? Das Interdict bezog sich zweifellos auf alle Fälle des Gewaltverhältnisses, vgl. Ulp. 71 fr. 3 § 1 h. t. v. „ceterorumque“. Dagegen beruhen die interdicta de uxore exhibenda ac ducenda bei Hermogen. fr. 2 h. t., wobei nicht an die uxor in manu zu denken ist, erst auf späterer Rechtsentwicklung. Vgl. auch Paul. sent. V 6 § 15.

5) Ulp. 71 fr. 1 § 2 h. t., fr. 63 de V. S. (50. 16), Venulei. fr. 5 h. t. Exceptiones: fr. 1 § 3—5 h. t. cf. Paul. sent. V 6 § 15.

6) Prob. Einsidl. 15—17: D. V. M. T. F. E. = doloue malo tuo factum est.

7) Causa cognita mater in retinendo eo potior erit. Ulp. 71 fr. 3 § 5 h. t.

8) Paul. 63 fr. 2 § 1 de interd. (43. 1): . . . . competit interdictum . . . . . iuris sui tuendi causa . . . . de liberto exhibendo.

9) Fr. 64 de V. S. (50. 16). Die hier gegebene Definition des „intestatus“ scheint nach der Stellung zwischen fr. 63 und 65 eod. — Ulp. 71, Ulp. 72 — hieher zu gehören. Ein Zusammenhang dürfte sich durch die Lehre von der Vererbung der operae gewinnen lassen.

10) Vgl. Ulp. fr. 13 § 2 de operis lib. (38. 1). Leist, Serie der Bücher 37. 38, V S. 274 fgg.

11) D. (43. 31).

12) Fr. un. h. t., fr. 46 de don. i. uir. et ux. (24. 1), fr. 13 de a. u. a. p. (41. 2), fr. 65 de V. S. (50. 16).

13) Fr. 14 de a. u. a. p. (41. 2).

14) Fr. 15 eod.

15) Fr. 53 eod., fr. 15 de diu. temp. praescr. (44. 3).

16) Das „apud quem“ fehlt in allen sonstigen Ueberlieferungen, namentlich auch bei

parte huius anni fuit, quo minus is eum ducat, uim fieri ueto.

Gai. IV 150:

si . . . . . . de re mobili (interdicitur), eum potiorem esse iubet, qui maiore parte eius anni nec ui nec clam nec precario ab aduersario possederit.

Die Combination obiger drei Nachrichten ergibt folgendes Interdict:

UTRUBI[1]) HIC HOMO[2]), QUO DE AGITUR, MAIORE PARTE HUIUSCE ANNI[3]) NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO[4]) AB ALTERO[5]) FUIT, QUO MINUS IS EUM DUCAT, UIM FIERI UETO.

Hieran schloss sich eine weitere Clausel de accessione, worin der Prätor wegen des Besitzes der Rechtsvorgänger dem Interdicte Zusätze zu geben verhiess[6]); denn die accessio possessionis kam keineswegs, wie Rudorff (E. P. § 268 n. 6) anzunehmen scheint, auf dem Wege der Interpretation des Worts utrubi, sondern zweifellos durch ausdrücklichen Zusatz zur Formel zur Berücksichtigung[7]): accessio datur, das ist der regelmässige Ausdruck der Quellen. Wahrscheinlich war in der Clausel, wie bei den Interdicten de itinere und de aqua, nur die Succession durch Kauf[8]) und Erbgang[9]) berücksichtigt und beruhte die Ausdehnung auf die andern Successionsfälle auf Interpretation[10]).

Die Form des Zusatzes im Interdict war ohne Zweifel die, dass hinter dem *„utrubi . . . . fuit“* beispielsweise angefügt wurde: *siue nec ui nec clam nec precario*[11]) *apud eum fuit, unde is emit*[12]).

§ 265. DE MIGRANDO[13]).

Ulp. 73[14]), Gai. 26[15]).

Ulp. 73 fr. 1 pr. h. t.

Theophil. IV 15 § 7, wo „utrubi“ mit παρ' ὁποτέρῳ übersetzt wird. Die Worte sind daher höchst wahrscheinlich mit Schmidt, a. a. O. S. 185, und Krüger-Studemund für ein Glossem anzusehen.

1) Theophil. IV 15 § 7: „utrubi uestrum“. Ihm folgt Schmidt, a. a. O. S. 185. Allein das Wort ist überflüssig. Theophilus gibt m. E. nur eine ungenaue Abschrift von fr. 1 pr. h. t.

2) Ulp. fr. 1 § 1 h. t.: de possessione rerum mobilium. Gai. IV 149.

3) Gai. IV 152, Paul. sent. V 6 § 1, Licin. Rufin. fr. 156 de V. S. (50. 16).

4) Gai. IV 150, Paul. sent. V 6 § 1.

5) Venulei. 5 fr. 53 de a. u. a. p. (41. 2).

6) Gai. IV 151, Ulp. 72 fr. 13 § 1—ult. de a. u. a. p. (41. 2), fr. 65 de V. S. (50. 16), Paul. 68 fr. 14 de a. u. a p. (41. 2), Venul. 5 fr. 15 de diu. temp. pr. (44. 3). Scaeu. fr. 14 eod., Paul. 33 fr. 34 § 4 de C. E. (18. 1), Iauolen. fr. 16 de usurp. (41. 3). Zu Ulp. 72 fr. 46 de don. i. u. e. u. (24. 1) cf. Ulp. 72 fr. 13 § 11 de a. u. a. p. (41. 2).

7) Vgl. Ulp. 72 fr. 13 § 1 de a. u. a. p. (41. 2): addimus in accessione de ui . . . . uenditoris. Venulei. 5 fr. 15 § 2 (adiciendum est). § 5 (uerba accessionum) de diu. temp. praescr. (44. 3).

8) Ulp. 72 fr. 13 § 1—3 cit., Paul. 68 fr. 14 eod., Venulei. 5 fr. 15 de diu. temp. pr. (44. 3).

9) Ulp. 72 fr. 65 de V. S. (50. 16): heredis appellatio etc. Fr. 13 § 4. 5 h. t.

10) Daher bei Ulpian am Schlusse: fr. 13 § 6—11 cit.

11) Ulp. 72 fr. 13 § 1 cit.: denique addimus in accessione de ui et clam et precario uenditoris. Vgl. § ult. eod.

12) Diese und andere Adjectionen („siue apud eum fuit, qui ei uendidit, unde is emit“, „siue apud eum fuit, unde is emit, cui is emendum mandauerat“, „apud eum, qui uendendum mandauit“, u. dgl. m.) finden sich bei Venulei. 5 fr. 15 § 1—4. 6 de diu. temp. pr. (44. 3), vgl. auch Paul. 68 fr. 14 de a. u. a. p. (41. 2).

13) D. (43. 32).

14) Fr. 1 h. t.

15) Fr. 2 h. t.

Praetor ait: SI IS HOMO, QUO DE AGITUR, NON EST EX HIS REBUS, DE QUIBUS INTER TE ET ACTOREM[1]) CONUENIT, UT, QUAE IN EAM HABITATIONEM[2]) QUA DE AGITUR INTRODUCTA IMPORTATA IBI NATA FACTAUE ESSENT, EA PIGNORI TIBI PRO MERCEDE EIUS HABITATIONIS ESSENT[3]), SIUE EX HIS REBUS EST ET EA MERCES[4]) TIBI SOLUTA EOUE NOMINE SATISFACTUM EST AUT PER TE STAT, QUO MINUS SOLUATUR: ITA, QUO MINUS EI, QUI EUM PIGNORIS NOMINE INDUXIT[5]), INDE ABDUCERE LICEAT, UIM FIERI UETO.

§ 266. *SALUIANUM INTERDICTUM*[6]).

Ulp. 73[7]).

Die Compilatoren haben das Recht des Saluianum bedeutend verändert, eben darum dessen Wortlaut nicht aufgenommen und die unter den Titel de Saluiano interdicto gesetzten Fragmente durch Interpolationen entstellt[8]). Gleichwohl lassen sich die wesentlichen Punkte, die in der Formel des Saluianum zum Ausdruck gekommen sein werden, mit Sicherheit nachweisen. Das Saluianum stand in seiner ursprünglichen Anwendungssphäre zu:

1. dem dominus fundi (dabei war an den Verpächter gedacht);
2. an den res coloni, die dieser pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset[9]), und die
3. als Pfand in das Grundstück eingebracht worden (pignori illata) sind[10]);
4. nur wider den colonus selbst, nicht wider Dritte, vgl. Gordian. c. 1 h. t.: tantummodo aduersus conductorem debitoremue competit.

Das Gegenteil scheint zwar aus Iulian. 49 fr. 1 pr. § 1 h. t. zu folgen. Allein in dieser Stelle war ursprünglich von der Seruiana die Rede, und erst die Compilatoren haben das Saluianum an deren Stelle gesetzt; das ergibt sich zur Evidenz, wenn man fr. 1 § 1 cit. mit Ulp. 73 fr. 10 de pignor. (20. 1) vergleicht, wo, wie die durchgängige Uebereinstimmung der Wendungen, ja der Worte, und die indirecte Rede beweisen, die Aeusserung Julians (in ihrem ursprünglichen Wortlaut) citirt ist[11]).

1) Utile: „inter te et eum, cui actor heres est", „inter eum, cui tu heres es, et actorem". Ulp. 73 fr. 1 § 6 h. t.

2) Proponitur inquilino, non colono: fr. 1 § 1 h. t.

3) Utile, si gratuitam quis habitationem habeat: Ulp. 73 fr. 1 § 3 h. t.

4) Ulp. 73 fr. 1 § 4 h. t.

5) Ulp. 73 fr. 1 § 5 h. t.: praetorem hic non exegisse, ut in bonis fuerit conductoris nec ut esset pignori res illata. Vgl. Gai. 26 fr. 2 h. t.

6) D. (43. 33).

7) Ulp. 73 handelt vom Saluianum, der Seruiana und quasi Seruiana, und es ist bei vielen Stellen nicht möglich, eine spezielle Beziehung auf eines oder das andere dieser Rechtsmittel auszufinden. Als Stücke einer allgemeinen Einleitung können angesehen werden: fr. 6, 8, 14, 21 pr. de pignor. (20. 1), fr. 3, 6 in quib. caus. (20. 2), fr. 6 quib. mod. pign. (20. 6). Sicher auf das Saluianum geht nur das stark interpolirte fr. 2 h. t. — fälschlich Ulp. 70 inscribirt — und fr. 21 § 1 de pignor. (20. 1), vgl. S. 395.

8) Näheres darüber Lenel, Zschr. der Sav.-Stift. f. R. G. III S. 180 fg.

9) Vgl. zu 1. 2: Gai. IV 147 = § 3 I. de interd. (4. 15). Ausdehnung auf andere Fälle: Paul. sent. V 6 § 16, Gordian. c. 1 h. t.: „debitoremue".

10) Zur Annahme dieses Erfordernisses nötigt zwingend das arg. e contr. aus fr. 1 § 5 de migr. (43. 32):

> Illud notandum est praetorem hic non exegisse, ut in bonis fuerit conductoris nec ut esset pignori res illata.

Das Argument kann zwar auch auf die Seruiana gedeutet werden; allein, wenn diese die Illation forderte, so galt ein Gleiches um so gewisser beim Saluianum.

11) Vgl. Lenel, a. a. O.

5. Das Interdict setzt, wie die Seruiana, voraus: dass die merces, für die die Verpfändung stattfand, „neque soluta neque eo nomine satisfactum est nec per actorem stat, quo minus soluatur[1])“.

6. Das Interdict war sehr wahrscheinlich, gleich dem interdictum Utrubi und de migrando, prohibitorisch[2]). —

Fragt sich, wie die einzelnen Punkte formell zum Ausdruck kamen.

1. Die Punkte 1. und 3. dürften in einem Satz ausgedrückt worden sein, etwa:

Quae res in fundum illius pignori illata est.

Dabei darf das Wort pignori nicht, wie dies in allen bisherigen Restitutionsversuchen geschehen, ausgelassen werden. Seine Wichtigkeit ergibt sich aus fr. 1 § 5 de migr. (43. 32): auf ihm beruhte der Ausschluss derjenigen Sachen, quae pignoris nomine teneri non potuerint, von der pfandrechtlichen Verfolgbarkeit. Noch weniger darf das Erforderniss der Illation überhaupt unausgedrückt bleiben, wie dies bei Rudorff der Fall, der in seiner Formel zwar den Pfandvertrag auf „quae inuecta illata essent“ abgestellt sein lässt, dann aber die geschehene Erfüllung dieser Bedingung mit keiner Silbe andeutet. Und ebenso wenig darf an ein „pignoris nomine induxit“ gedacht werden[3]), da ja diese Worte zu den Erfordernissen der Seruiana und des Saluianum in fr. 1 § 5 de migrando in directen Gegensatz gestellt werden.

2. Die Richtung des Interdicts ausschliesslich wider den colonus dürfte am einfachsten in der Weise zum Ausdruck gekommen sein, dass das Interdict den letztern anredete. Denn redete es den Pfandgläubiger an, so würde aus dem Wortlaut desselben „quo minus eum hominem ducas, uim fieri ueto“ ohne eine besondere einschränkende Clausel nicht haben erkannt werden können, dass es gegen Dritte nicht zustehe[4]).

3. Für die Worte, mit denen die Tatsache der Verpfändung ausgedrückt war[5]), können wohl mit ziemlicher Sicherheit Anhaltspunkte aus dem interdictum de migrando entnommen werden; und durch Fassung in contrarium erhält man aus diesem auch:

4. die Worte, in denen sich das Erforderniss ausgebliebener Befriedigung formulirte.

5. „De rebus coloni“: wollte damit Gaius sagen, dass das Interdict sich nur auf Sachen beziehe, die dem Colonen selbst gehören[6]), und kam dies im Interdict zum Ausdruck? Dass wenigstens letzteres nicht der Fall war, schliesse ich aus einer Stelle, die sich ihrem gegenwärtigen Wortlaut nach auf

1) Cf. Ulp. 73 fr. 6 quib. mod. (20. 6). Nicht „quominus soluatur satisue fiat“, vgl. Krüger, Zschr. f. R. G. VII S. 230 n. 25.

2) So auch die Mehrzahl der bisherigen Reconstructionen: Rudorff, Zschr. f. gesch. R. W. XIII S. 209 fg., E. P. § 271, Keller, Richters krit. Jahrbb. Jahrg. XI (Bd. 22) S. 977, Dernburg, Pfandrecht II S. 338. 339. Anders (restitutorisch) Huschke, Studien S. 398.

3) So Dernburg, a. a. O.

4) Das Argument aus fr. 21 pr. de pignor. (20. 1), das Rudorff (Zschr. f. gesch. R. W. XIII S. 214) als entscheidend für die oben verworfene Fassung ansah, verdient wohl kaum den Namen eines Arguments, und Rudorff selbst hat im E. P. § 268 diese Fassung aufgegeben.

5) Wurde sie überhaupt ausgedrückt? Hiess es nicht einfach „quae res pro mercede eius fundi pignori illata est“? Ich schliesse das Gegenteil aus dem ausdrücklichen Bericht des Gaius: de rebus coloni, quas *is* . . . . . . pignori futuras pepigisset.

6) Windscheid, Pand. § 236[5], scheint gerade das Gegenteil aus Gaius' Worten folgern zu wollen.

die Seruiana bezieht, in ihrem ursprünglichen aber nicht auf sie, sondern nur auf das Saluianum gegangen sein kann, fr. 21 § 1 de pignor. (20. 1):

> Si debitor seruum, quem a non domino bona fide emerat et pignerauit, teneat, Seruianae locus est et, si aduersus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet: et ita Iulianus ait et habet rationem.

Der Beklagte setzt hier der Klage durch exceptio die Behauptung entgegen, die Sache habe sich zur Zeit der Verpfändung nicht in seinem Eigentum befunden, und diese exceptio wird durch replicatio entkräftet. Nun wissen wir aber, dass die Formel der Seruiana nur so viel verlangte, dass das Pfand zur Zeit der Verpfändung „in bonis" des Verpfänders gewesen sei, und da der gutgläubige Besitzer einer Sache dieselbe in bonis hat — fr. 49 de V. S. (50. 16), fr. 18 de pignor. (20. 1) —, so würde ein Fall wie der vorliegende einfach auf Grund des Wortlauts der actio erledigt worden sein: weder für eine exceptio noch für eine replicatio war da Raum, wenn der Verpfänder selbst der Beklagte war. Hienach scheint mir sicher, dass Ulpian nicht von der Seruiana gesprochen haben kann: dann aber kann er nur vom Saluianum gehandelt haben, und es folgt mithin aus der Stelle, dass das Saluianum das Erforderniss des in bonis esse nicht aufstellte. Da das Saluianum nur wider den Verpfänder selbst ging, so mag man es unbedenklich gefunden haben, jenes Erforderniss wegzulassen. Hatte daher der Verpfänder etwa irrtümlich eine fremde Sache als Pfand inferirt, so musste er zur exceptio greifen[1]), die je nach Lage des Falls durch Replik entkräftet wurde. —

§ 267. *SERUIANA ET QUASI SERUIANA FORMULA.*

Ulp. 73[2]), Paul. 68[3]), Gai. 26[4]), Gai. lib. sing. de formula hypothec.[5]), Iulian. 49[6]), Marcian. lib. sing. ad form. hyp.[7]).

§ 7 I. de act. (4. 6):

> . . . . Seruiana et quasi Seruiana, quae etiam hypothecaria uocatur[8]), ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Seruiana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Seruiana autem, qua creditores pignora hypothecasue persequuntur.

1) Zu weit geht meine Behauptung in der Zschr. der Sav.-Stift. III S. 190, dass beim Saluianum unter keinen Umständen auf die Einrede fremden Eigentums hätte Rücksicht genommen werden dürfen.

2) Vgl. S. 393 n. 7. Sicher speziell auf Seruiana und quasi Seruiana gehen: fr. 10, 21 § 3 de pign. (20. 1), fr. 6 qui potior. (20. 4), fr. 4 quib. mod. pign. (20. 6).

3) Fr. 7, 12 de pignor. (20. 1), fr. 15 qui potior. (20. 4).

4) Fr. 158 de R. I. (50. 17).

5) Fr. 4, 15 de pign. (20. 1), fr. 2 quae res pign. (20. 3), fr. 11 qui pot. (20. 4), fr. 7 quib. mod. (20. 6), fr. 4 de fide instr. (22. 4) = fr. 4 de pign. (20. 1).

6) Fr. 1 de Saluiano interd. (43. 33) s. S. 393 und Lenel, Zschr. der Sav.-Stift. f. R. G. III S. 180 fgg.

7) Fr. 17, 19, 33 de pign. act. (13. 7), fr. 5, 11, 13, 16 de pign. (20. 1), fr. 2, 5 in quib. caus. (20. 2), fr. 1 quae res pign. (20. 3), fr. 12 qui potior. (20. 4), fr. 5, 7 de distr. pign. (20. 5), fr. 5, 8 quib. mod. (20. 6), fr. 23 de prob. (22. 3), fr. 12 de reb. eor. qui sub tut. (27. 9), fr. 6 qui sine man. (40. 8), fr. 37 de a. u. a. p. (41. 2), fr. 35 de reb. auct. iud. (42. 5), fr. 49 de solut. (46. 3).

8) Cf. fr. 13 § 1 ad SC Vell. (16. 1).

Von einem Edict über die Pfandklage ist uns nicht die geringste Spur überliefert. Nimmt man hinzu, dass die Monographien des Gaius und Marcian sich beide an die formula hypothecaria anlehnen, so ist nicht daran zu zweifeln, dass ein solches Edict überhaupt nicht existirt hat, dass vielmehr im Anschluss an das Saluianum ohne Weiteres die blossen Formeln der Pfandklagen proponirt waren[1]). Zur Reconstruction der letztern besitzen wir so reiches Material, dass schon die bisherigen Reconstructionsversuche, soweit dieselben Beachtung verdienen[2]), in fast allen wesentlichen Punkten zusammentreffen.

Ich versuche zunächst die Wiederherstellung der Quasi Seruiana, da für diese die Quellen am reichsten fliessen. Die Formel derselben verlangt für die Condemnation:

1. den Beweis der geschehenen Verpfändung, fr. 23 de prob. (22. 3), c. 1 si pign. conu. (8. 32 [33]): „intentio dati pignoris“. Streitig ist dabei, ob die Formel abgestellt war auf den Beweis des conuenisse[3]) oder auf den Beweis der rei obligatio[4]) selbst. Ersteres ist das Richtige, vgl. fr. 13 § 1 ad SC Vell. (16. 1)[5]):

> cum quasi Seruiana . . . . in his utilis sit, quia uerum est conuenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam.

Freilich kam es für die Verurteilung nicht auf das blosse conuenisse, sondern auf die Giltigkeit der Verpfändung an: aber auch die unter 2. bemerkte Clausel der Formel zeigt, dass die Giltigkeit der Verpfändung nicht schon kraft eines „s. p. rem q. d. a. obligatam esse“ zur Untersuchung stand. Als Inhalt des conuenisse figurirte in der Formel: „ut ea res q. d. a. pignori hypothecaeue esset[6])“ und zwar (s. Ziff. 3) „propter pecuniam debitam[7]) (oder certam creditam oder ähnl.)“.

2. den Beweis „tunc, cum conueniebat, rem in bonis debitoris fuisse[8])“.

3. den Beweis „eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m A^m stare, quo minus soluatur[9])“. Diese Worte waren in der Formel ständig[10]). Endlich enthielt die Formel:

1) Vgl. Wlassak, Edict und Klageform S. 130 fgg.

2) Huschke, Studien S. 376, Zschr. f. C. Rt. u. Pr. XX S. 168, Bachofen, Pfandrecht S. 48 fg., Rudorff, Zschr. f. gesch. R. W. XIII S. 226 fgg., E. P. § 272, Keller, Richters Jahrbb. Jahrg. XI (22) S. 979. 981, Dernburg, Pfandrecht I S. 81; s. auch Francke, civ. Abhandl. S. 103.

3) Huschke, Zschr. f. C. R. u. Pr. XX S. 168, Bachofen, a. a. O., Dernburg, a. a. O.

4) Keller, a. a. O., Rudorff, E. P. § 272.

5) Das Argument, das Dernburg, a. a. O. n. 12, aus fr. 13 § 5 de pignor. (20. 1) zieht, ist mir nicht klar geworden.

6) Das „hypothecaeue“ ist von Bachofen, Keller, Dernburg übersehen. Vgl. aber Marcian. ad form. hyp. fr. 23 de prob. (22. 3), fr. 5 § 1, 11 § 2. 3, 16 § 9 de pignor. (20. 1), fr. 12 pr. § 8 qui potior. (20. 4), fr. 8 § 1 quib. mod. (20. 6).

7) Vgl. fr. 13 § 5 de pign. (20. 1).

8) Gai. de form. hyp. fr. 15 § 1 de pignor. (20. 1), Marcian. ad form. hyp. fr. 23 de prob. (22. 3), Papin. fr. 3 pr. de pignor. (20. 1), Afric. fr. 9 § 3 qui pot. (20. 4), Diocl. et Max. c. 5, 6 si aliena res (8. 15 [16]), c. 6 quae res pign. (8. 16 [17]), vgl. auch fr. 1 § 5 de migr. (43. 32).

9) Ulp. 73 fr. 6 quib. mod. (20. 6), Marcian. ad form. hyp. fr. 13 § 4—6 de pignor. (20. 1), fr. 5 § 2. 3 quib. mod. (20. 6), fr. 49 de solut. (46. 3) vgl. Keller, a. a. O. S. 983, Gai. de form. hyp. fr. 11 i. f. qui pot. (20. 4). S. ferner: fr. 13 § 1 ad SC Vell. (16. 1), fr. 30 i. f. de exc. r. iud. (44. 2), fr. 61 [59] pr. ad SC Treb. (36. 1), fr. 14 quib. mod. (20. 6), c. 1 si pign. conuentionem (8. 32 [33]) — intentio pignoris dati neque redditae pecuniae —, c. 19 de usuris (4. 32).

10) Bestritten von Thon, Zschr. f. R. G. II S. 265 fgg., der von unrichtigen Ausgangs-

4. die arbiträre Restitutionsclausel „nisi ea res arbitratu tuo restituetur[1])“. Bachofen und Rudorff fassen diese Clausel alternativ: „nisi restituat aut pecuniam soluat“. Allein diese Fassung wird durch die dafür angezogenen Stellen — fr. 16 § 3 de pignor. (20. 1), fr. 66 pr. de euict. (21. 2) — nicht bewiesen, und das „nisi soluat“ ist nicht nur überflüssig, da der Judex schon auf Grund des „nisi ea res arbitratu tuo restituetur“ die Befugniss zur Absolution bei erfolgender Zahlung hatte, sondern kaum möglich, da der Judex der hypothecaria nicht de pecunia credita, sondern de re obligata zu arbitriren hatte[2]).

5. Die auf „quanti ea res erit“ lautende condemnatio[3]).

Hienach komme ich zu folgender Formel:

S. p. inter A^m A^m et L. Titium conuenisse, ut ea res[4]) *q. d. a. A^o A^o pignori hypothecaeue esset*[5]) *propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conueniebat*[6]), *in bonis*[7]) *Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m A^m stare quo minus soluatur, nisi ea res arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*[8]).

Für die actio Seruiana ist das Material nicht in gleicher Fülle vorhanden; es kann aber kaum einem Zweifel unterliegen, dass deren Formel nur in wenigen Punkten von der obigen abwich. Der Fall der Seruiana war derselbe, wie der des Saluianum; die conuentio wird daher ähnlich bezeichnet gewesen sein wie im interdictum de migrando: *conuenisse, ut, quae in eum fundum q. d. a. introducta importata ibi nata factaue essent, ea pignori A^o A^o*[9]) *pro mercede eius fundi essent.* Pfandverträge dieser Art werden in den Quellen nicht selten erwähnt[10]). Der Fassung des Vertrags entsprechend muss auch

punkten zu unrichtigem Resultate kommt. Die in n. 9 angeff. Stellen lassen m. E. an der Richtigkeit der im Text aufgestellten Behauptung keinen Zweifel.

1) Marcian. ad form. hyp. fr. 16 § 3. 4. 6 de pign. (20. 1), fr. 12 § 1 qui pot. (20. 4). § 31 I. de act. (4. 6).

2) Gegen Bachofen vgl. auch Keller, a. a. O. S. 983, der aber m. E. zu viel Gewicht auf die Nennung oder Nichtnennung des Restitutionsobjects in der Clausel legt. Das arbitrium iudicis half unter allen Umständen.

3) Gai. IV 51, Ulp. 73 fr. 21 § 3 de pign. (20. 1), Marcian. ad form. hyp. fr. 16 § 3. 4 eod., Gai. 9 fr. 2 quib. mod. (20. 6).

4) Die Frage nach der Formulirung der actio utilis im Fall des pignus nominis — fr. 18 pr. de pign. act. (13. 7), fr. 20 de pign. (20. 1), c. 4 quae res pign. (8. 16 [17]), c. 7 de h. u. a. u. (4. 39) —, ob actio in personam ob hypothecaria, muss hier als ausserhalb unserer Aufgabe liegend um so mehr dahingestellt bleiben, als sie ohne längere Erörterung der Lösung nicht näher gebracht werden kann.

5) Ueber die Antichrese cf. fr. 11 § 1 de pign. (20. 1), aber auch fr. 33 de pign. act. (13. 7).

6) Utilis, si postea: fr. 41 de pign. act. (13. 7), fr 22 de pign. (20. 1), c. 5 si aliena res (8. 15 [16]). Wegen der Generalhypothek vgl. fr. 15 § 1 de pign. (20. 1).

7) Utilis, si Lucio Titio pignerata fuerit: fr. 13 § 2 de pign. (20. 1), c. 1 si pignus pign. (8. 23 [24]).

8) Hauptsächliche Exceptionen: 1. *dominii*, fr. 18 de pign. (20. 1); 2. *rei sibi* (*ante*) *pigneratae*, fr. 10 de pignor. (20. 1), fr. 12 pr. qui pot. (20. 4), fr. 19 de exc. r. iud. (44. 2); 3. *si non uoluntate creditoris ueniit*, fr. 4, 8 § 6—18 quib. mod. (20. 6) (war diese exceptio im Edict verheisssen? dafür anscheinend fr. 8 § 11 quib. mod., dagegen entscheidend fr. 4 § 1 eod.); 4. *rei iudicatae*, fr. 3 § 1, 16 § 5 de pign. (20. 1), fr. 13 quib. mod. (20. 6); 5. *pacti, ne pignori hypothecaeue sit res*, fr. 8 § 1—5 quib. mod. (20. 6); 6. *SCi Vellaeani* und *Macedoniani*, fr. 2 quae res pign. (20. 3).

9) Utilis: „*pro parte dimidia A^o A^o et Gaio*“. Ulp. 73 fr. 10 de pign. (20. 1).

10) Fr. 32 de pignor. (20. 1), fr. 7 in quib. caus. (20. 2), fr. 11 § 2 qui pot. (20. 4), fr. 14 quib. mod. (20. 6), c. 5 in quib. caus. (8. 14 [15]).

die geschehene inductio in der Formel erwähnt gewesen sein[1]). Wie die Formel mit Rücksicht auf diese Verschiedenheiten im Einzelnen stilisirt war, lässt sich nicht mehr ersehen. Die die Einrede erfolgter Befriedigung betreffende Clausel war mit der der Quasi Seruiana identisch: c. 19 § 2 de usur. (4. 32).

§ 268. QUAE IN FRAUDEM CREDITORUM FACTA SUNT, UT RESTITUANTUR[2]).

Ulp. 73[3]), Paul. 68[4]), Gai. 26[5]), Iulian. 49[6]), Venul. 6 interd.[7]).

Ulp. 73 fr. 10 pr. h. t.:

Ait praetor: QUAE LUCIUS TITIUS FRAUDANDI CAUSA[8]) SCIENTE TE[9]) IN BONIS, QUIBUS DE AGITUR[10]), FECIT[11]): EA ILLI[12]), SI EO NOMINE QUO DE AGITUR ACTIO EI EX EDICTO MEO COMPETERE ESSEUE OPORTET[13]) *ET*[14]) SI NON PLUS QUAM ANNUS EST[15]), CUM DE EA RE QUA DE AGITUR EXPERIUNDI POTESTAS EST, RESTITUAS[16]). INTERDUM CAUSA COGNITA ET SI SCIENTIA NON SIT[17]), IN FACTUM ACTIONEM PERMITTAM[18]).

Ulp. 73 fr. 10 § 24 h. t.:

Haec actio post annum de eo, quod ad eum peruenit, aduersus quem

1) Arg. fr. 1 § 5 de migr. (43. 32), fr. 11 § 2 qui pot. (20. 4). Uebersehen von Keller, a. a. O. S. 979 und Rudorff, E. P. § 272.

2) D. (42. 8).

3) Fr. 2, 10 h. t., fr. 16 de a u. a. p. (41. 2) cf. Papin. fr. 18 h. t.

4) Fr. 4, 13 h. t.

5) Fr. 5 h. t.

6) Fr. 15, 17 h. t.

7) Fr. 8, 11, 25 h. t., fr. 66 de a. r. d. (41. 1) cf. fr. 25 § 5 h. t.

8) Ulp. 73 fr. 10 § 6—8 h. t., Iulian. 49 fr. 17 § 1 h. t., Valens fr. 69 (67) § 1 ad SC Treb. (36. 1), Prob. 5, 13: F. C. = fraudare creditores.

9) Ulp. 73 fr. 10 § 2—5 h. t. Utile: sciente tutore curatoreue, fr. 10 § 5 h. t.

10) Ulp. 73 fr. 10 § 9—11 h. t. Die *Flor.* hat „quibus de ea re agitur", eine verdorbene Lesart, die Huschke, Zschr. f. C. R. u. Pr. N. F. XIV S. 87 künstlich rechtfertigen will. S. aber Ulp. 73 fr. 10 § 9, fr. 25 § 4 h. t. Gegen Huschke auch Rudorff, E. P. § 275[5]. Zu der utilis actio in fr. 10 § 10 vgl. Huschke, a. a. O. S. 91 (die Fassung ist aber zweifelhaft).

11) Ulp. 73 fr. 10 § 12—16, fr. 2 h. t., Paul. 68 fr. 4 eod., Gai. 26 fr. 5 eod., Iulian. 49 fr. 17 § 2 eod. Zu „fecit" vgl. Rudorff, Zschr. f. R. G. VIII S. 71 fg., von Schey, ebendas. XIII S. 144, 162 und die daselbst Angeff.

12) *Flor.* illis.

13) Ulp. 73 fr. 10 § 17 h. t. I. e.: si actio Pauliana competit. Vgl. v. Schey, a. a. O. S. 172.

14) *Flor.* ei.

15) Ulp. 73 fr. 10 § 18 h. t.

16) Ulp. 73 fr. 10 § 19—23 h. t., Venul. 6 fr. 25 § 4—6 eod. Fr. 14 eod. Vgl. ferner Paul. fr. 38 § 4 de usur. (22. 1): uerbum „restituas" quod in hac re praetor dixit (das interdictum fraudatorium wird hier zur Erläuterung der Pauliana herangezogen, vgl. S. 399).

17) Venul. 6 fr. 25 pr. § 1 h. t., Paul. 68 fr. 13 h. t., Diocl. et Max. c. 5 de reuoc. (7. 75): scientiae mentione detracta.

18) Dazu v. Schey, a. a. O. S. 181 fgg. Dass der Prätor, wie Huschke (a. a. O. S. 77 fgg.) will, neben dem Interdict noch eine actio in factum auch wider den sciens verheissen habe, ist mir mehr als bloss zweifelhaft. Zwar ist allerdings von einer solchen actio in factum mehrfach in Ulpians Commentar die Rede, vgl. fr. 10 § 2. 3. 16. 18 h. t. Allein die Compilatoren haben in dem Digestentitel (42. 8) und in dem Codextitel (7. 75) in der Absicht, aus der actio Pauliana und dem Interdict ein Rechtsmittel zu machen, geflissentlich den Namen „interdictum" getilgt und bald durch actio in factum bald kurzweg durch actio ersetzt (bei fr. 10 § 2 liegt dies Verfahren klar zu Tage). Das interdictum fraudatorium wird nur ausserhalb jener Titel erwähnt: fr. 69 [67] § 1. 2 ad SC Treb. (36. 1), fr. 96 pr. de sol. (46. 3). In c. 2 si adu. uend. (2. 27 [28]) ist die dasselbe betreffende Stelle — cf. c. 1 C. Theod. de integri restit. (2. 16) — gestrichen.

actio mouetur, competit: iniquum enim praetor putauit[1]) in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude . . . . siue igitur ipse fraudator sit, ad quem peruenit, siue alius quiuis, competit actio in id quod ad eum peruenit doloue malo eius factum est, quo minus perueniret.

Der Musterfall, der bei den Sponsionen und den Actionen zu Grunde gelegt war, war augenscheinlich der einer alienatio fundi in fraudem creditorum (vgl. Venul. 6 fr. 25 § 4—6 h. t.). Der arbiter der formula arbitraria ist erwähnt bei Venul. 6 fr. 8 h. t., sein officium (nisi . . . . . . arbitrio tuo restituetur) weitläufig behandelt bei Ulp. 73 fr. 10 § 19—23 h. t., Venul. 6 fr. 25 § 1[2]). 4—6 h. t., Ulp. fr. 14 h. t. Die Restitutionsclausel der Formel war hier, was sonst nicht üblich gewesen zu sein scheint und sich wohl nur aus der überaus allgemeinen Fassung des Interdicts (*quae . . . . . fecit, restituas*) erklärt, spezialisirt. Es hiess in der Formel nämlich

nisi is fundus fructusque, qui alienationis tempore ei fundo cohaeserunt[3]), *arbitrio tuo A° A° restituentur.*

Eben wegen dieser Spezialisirung der Formel verweist Paul. fr. 38 § 4 de usur. (22. 1), um einen Anhaltspunkt für die Feststellung des Umfangs der Restitutionsverpflichtung bei der Pauliana zu gewinnen, auf unser Interdict:

nam et uerbum „restituas“, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur.

Wider den fraudator selbst, dies sei schliesslich noch hervorgehoben, war die formula arbitraria ebenso wenig wie das Interdict berechnet: daher ist die in fr. 25 § 7 h. t. erwähnte actio aduersus fraudatorem als utilis actio zu denken.

Tit. XLIV.

DE EXCEPTIONIBUS[4]).

Ulp. 74—76, Paul. 69—71, Gai. 29. 30, Iulian. 50. 51.

Gai. IV 118:

Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas[5]), alias causa cognita accommodat.

1) Die actio war also proponirt. Dagegen will Venul. 6 fr. 11 h. t. (Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem peruenit) wohl nicht sagen, dass Cassius diese, sondern dass er überhaupt die Bereicherungsklage aus Delicten aduersus heredem eingeführt habe.

2) Fr. 25 § 1 cit.: absolui solet reus, si restituerit.

3) Vgl. Venul. 6 fr. 25 § 6 h. t.:

Fructus autem fundo cohaesisse non satis intellegere se Labeo ait, utrum dumtaxat qui maturi an etiam qui immaturi fuerint, praetor significet . . . . .

Vgl. fr. 25 § 4. 5 eod. Daher auch Ulp. 73 fr. 10 § 20: „fructus, qui percipi potuerunt a fraudatore“ (Huschke, a. a. O. S. 107) und in fr. 10 § 19: „res restitui debet cum sua scilicet causa“.

4) D. (44. 1). C. (8. 35 [36]). Einleitung zum Titel: Ulp. 74 fr. 2 de exc. (44.1), Paul. 69 fr. 2 de prob. (22. 3), fr. 19 de nouat. (46. 2), fr. 4 de tab. exhib. (43. 5). Ob Ulp. 74 fr. 80 de V. O (45. 1) und Iulian. 50 fr. 12 [13] de reb. dub. (34. 5) gleichfalls zu einleitenden Betrachtungen oder (als Nebenbemerkung) wohin sonst gehören, lässt sich nicht ermitteln.

5) Derart sind namentlich alle in fr. 19 de prob. (22. 3) aufgezählten, und zwar folgt diese Aufzählung der Ordnung des Edicts.

§ 269. SI QUIS *UADIMONIIS* NON OBTEMPERAUERIT[1]).

Ulp. 74[2]), Paul. 69[3]), Gai. 29[4]).

Unter dieser Rubrik waren eine Reihe von Exceptionen proponirt, die der Klage aus dem Vadimonium entgegengesetzt werden konnten:

1. Die exceptio pacti conuenti[5]) — gedacht als Einrede des Vergleichs und der Fristgewährung —, deren Fassung wir aus Gai. IV 119 kennen:

> SI INTER A^m^ A^m^ ET N^m^ N^m^ NON CONUENIT, NE EA PECUNIA (INTRA QUINQUENNIUM: Gai. IV 122) PETERETUR[6]).

Die exceptio pacti steht sowohl in Ulpians Commentar — s. fr. 2 pr. h. t. —, wie auch in fr. 19 de probat. (22. 3) — s. S. 399 n. 5 — voran.

2. *Extra quam si ideo non stetit, quod* REI PUBLICAE CAUSA AFUIT[7]) (die genauere Fassung bei dieser wie bei den folgenden Exceptionen ungewiss).

3. *Extra quam si* UALETUDINE[8]) UEL TEMPESTATE[9]) UEL UI FLUMINIS[10]) PROHIBITUS *uadimonium sistere non potuit*[11]). Ulp. 74 fr. 2 § 3 h. t.

4. *Extra quam si* SINE DOLO MALO IPSIUS A MAGISTRATU RETENTUS *uadimonium sistere non potuit*[12]).

5. *Extra quam si* REI CAPITALIS ANTE CONDEMNATUS *uadimonium s. n. p.*[13]).

6. *Si non dolo malo A^i^ A^i^ factum est, quo minus uadimonium sisteret*[14]).

Weitere Exceptionen scheinen im Edict nicht proponirt gewesen zu sein. Speciell gilt dies nach der Ausdrucksweise Ulpians in fr. 4 § 2. 3 h. t. (debet exceptio dari, debet exceptione adiuuari) von den daselbst erwähnten Exceptionen „*e. q. s. funere domestico impeditus non stetit*[15])" und „*e. q. s. ideo non stetit, quod in seruitute hostium fuit*".

§ 270. LITIS DIUIDUAE ET REI RESIDUAE.

Gai. IV 122:

> . . . . si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summou*e*tur, quae appellatur litis diuiduae . item si quis cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices *e*ant, si intra eiusdem praeturam de his, qua*s* distulerit, agat, per hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summouet*ur*.

1) D. (2. 11): Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperauerit.

2) Fr. 2, 4 h. t., fr. 2 de transact. (2. 15), fr. 16 de tutelae et rat. (27. 3), fr. 15 [14] de legation. (50. 7), fr. 5 de exc. rei iud. (44. 2) vgl. Krüger, prozess. Consumtion S. 64 n. 2 u. die daselbst Angeff.

3) Fr. 3, 5, 7 h. t., fr. 211 de R. I. (50. 17) = fr. 7 h. t.

4) Fr. 8 h. t.

5) Hieher Ulp. 74 fr. 2 pr. h. t., fr. 2 de transact. (2. 15). Vgl. Gai. fr. 22 § 1 de in ius uoc. (2. 4). Fr. 2 pr. h. t.: hoc ita, si prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret.

6) Utilis, ne in rem ageretur: c. 9 de transact. (2. 4).

7) Fr. 19 § 1 de prob. (22. 3), Paul. 69 fr. 7 h. t., Gai. fr. 6 h. t. Utilis, si municipalis muneris causa afuit: Ulp. 74 fr. 2 § 1 h. t., fr. 15 [14] de legation. (50. 7).

8) Ulp. 74 fr. 2 § 4. 5 h. t. Utilis, si mulier grauida erat: fr. 2 § 4 h. t.

9) Ulp. 74 fr. 2 § 6. 8 h. t.

10) Ulp. 74 fr. 2 § 7. 8 h. t.

11) Seneca, de benef. IV 39 i. f.: deserentem uis maior excusat.

12) Ulp. 74 fr. 2 § 9 h. t.

13) Ulp. 74 fr. 4 pr. § 1 h. t.

14) Ulp. fr. 19 § 1 de prob. (22. 3), Paul. 69 fr. 5 pr. h. t.

15) Vgl. Gell. N. A. XVI 4 § 4.

§ 271. *SI ALIENO NOMINE AGATUR* (exceptiones cognitoriae, procuratoriae, tutoriae, curatoriae)[1]).

Ulp. 74[2]), Iulian. 50[3]).

Gai. IV 124:

. . . . . dilatoriae exceptiones intelleguntur, quales sunt cognitoriae, ueluti si is, qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat, uel dandi quidem cognitoris ius habeat, sed eum det, cui non licet cognituram suscipere[4]).

Fr. Vat. 323:

. . . . ut qui prohibentur uel dare uel dari cognitores, iidem et procuratores dare dariue arceantur[5]).

Obige Stellen handeln von den Exceptionen mangels Fähigkeit. Die Exception mangels Vollmacht[6]) lautet gegen den Procurator:

SI A° A° MANDATUM EST, *ut eo nomine ageret,*

gegen den Tutor oder Curator:

SI A^s A^s LUCII TITII TUTOR (CURATOR) EST.

Ich fasse diese Exeptionen affirmativ[7]), wie das offenbar das Natürlichere ist. Dass alle Exceptionen negativ gefasst seien, ist nirgends gesagt, sondern (Gai. IV 119) nur, dass sie „in contrarium concipiuntur qu*am* adfirmat is, cum quo agitur". Die negative Behauptung, Kläger habe keine Vollmacht, sei nicht Vormund, wird nach dieser Regel selber zur affirmativen Exception[8]).

Eine exceptio cognitoria mangels Vollmacht dürfte im Edict nicht proponirt gewesen sein: gab es Fälle, wo eine solche erteilt wurde[9]), so waren dieselben so selten, dass nicht anzunehmen ist, sie seien im Album vorgesehen gewesen.

§ 272. *SI EX CONTRACTIBUS ARGENTARIORUM AGATUR.*

Ulp. 74[10]), Paul. 69[11]), Gai. 29 (?)[12]).

In der Nachbarschaft der bisher behandelten Exceptionen finden wir drei weitere, die, wenn ich recht sehe, sämmtlich auf die Contracte der Argentarien

1) Vgl. Bülow, Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen S. 30—52, Eisele, Cognitur und Procuratur S. 186—218.

2) Fr. 57 de procur. (3. 3). Vgl. Ulp. fr. 19 § 2 de prob. (22. 3).

3) Cit. fr. 40 § 2 de proc. (3. 3).

4) Quinctil. III 6 § 71. Bei Ulp. 74 fr. 2 § 4 de exc. (44. 1), Gai. fr. 3 i. f. eod., Ulp. fr. 19 § 2 de prob. (22. 3) war ursprünglich neben dem procurator ohne Zweifel auch der cognitor genannt.

5) Vgl. Quinctil. IV 4 § 6, VII 1 § 19. 20.

6) Exceptio *procuratoria:* fr. 62 de proc. (3. 3), fr. 78 § 1 eod., fr. 6 de O. N. N. (39. 1), fr. 39 § 3 de damno inf. (39. 2), fr. 23 r. r. h. (46. 8), c. 20 § 2 de N. G. (2. 18 [19]). *Tutoria, curatoria, actoria:* c. 2 de eo qui pro tut. (5. 45), fr. 4 de adm. et peric. (26. 7), fr. 23 eod., fr. 3 § 4. 5 iud. solui (46. 7), fr. 6 § 2 quod cuiuscumque uniu. (3. 4). Besondere Fälle der exceptio procuratoria: fr. 47, 48 de proc. (3. 3). Eigentümliche replicationes curatoriae in fr. 7 § 1. 2 de cur. fur. (27. 10), dazu Bülow, a. a. O. S. 36.

7) Uebereinstimmend Eisele, a. a. O. S. 191 fg.

8) Kein Gegenbeweis liegt in c. 2 de eo qui pro tut. (5. 45). Wenn dort von einer exceptio „si tutor non est" die Rede ist, so ist das augenscheinlich eine Ungenauigkeit: die negative Behauptung des Beklagten ist aus Versehen in die formulirte exceptio herübergenommen.

9) Vgl. Eisele, a. a. O. S. 215 fgg.

10) Fr. 59 de aedil. ed. (21. 1), fr. 66 de V. S. (50. 16).

11) Fr. 60 de aed. ed. (21. 1).

12) Fr. 44 de R. V. (6. 1).

gemünzt sind: die exceptio mercis non traditae[1]), redhibitionis[2]) und pecuniae pensatae[3]). Von der ersten ist uns diese Beziehung ausdrücklich überliefert, Gai. IV 126[a]:

> . . . . si argentarius pretium rei, quae in auctionem uenerit, persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, si ei res quam emerit tradita est[4]) . . . .

Dass bei der exceptio redhibitionis genau an den gleichen Fall zu denken ist, ist wohl mehr als bloss wahrscheinlich. Wie sollte ohne solche spezielle Beziehung die exceptio redhibitionis in das prätorische Edict kommen, dem die actio redhibitoria nicht angehört? Die dritte exceptio — pecuniae pensatae — ruft schon durch ihren Namen die Erinnerung an das agere cum compensatione der Argentarien wach. Ich sehe in ihr das Gegenstück zu diesem agere der Argentarien: ich deute dieselbe auf den Fall, wo ein argentarius, der Gegenforderungen hatte, von einem Clienten verklagt wurde[5]). Dieser letztere brauchte nicht, wie der argentarius, cum compensatione zu klagen, — konnte man ja nicht jedem Privatmann die gleiche mathematisch genaue Uebersicht über seine Forderungen und Gegenforderungen zumuten, wie dem argentarius; aber die Billigkeit[6]) verlangte, dass dem argentarius, der klagend die Compensationspflicht hatte, als Beklagtem auch das Compensationsrecht gesichert sei, und diesem Zwecke diente die exceptio pecuniae pensatae[7]).

Die Formulirung der exceptio mercis non traditae kennen wir aus Iulian. 54 fr. 25 de A. E. V. (19. 1):

> SI EA PECUNIA, QUA DE AGITUR, NON PRO EA RE PETITUR, QUAE UENIT NEQUE TRADITA EST.

Die exceptio pecuniae pensatae muss nach fr. 19 § 3 de prob. (22. 3)[8]) gelautet haben:

> *si non ea pecunia petitur, quae pensata est.*

Die Fassung der exceptio redhibitionis ist nicht überliefert. Die Möglichkeit der Redhibition dürfte in der Wendung „in ea causa esse, ut redhibeatur (redhiberi debeat)," ausgedrückt gewesen sein[9]).

1) Ulp. 74 fr. 66 de V. S. (50. 16) vgl. Paul. fr. 5 § 4 d. m. exc. (44. 4) „mercis non traditae exceptione".

2) Ulp. 74 fr. 59 de aed. ed. (21. 1), Paul. 69 fr. 60 eod.

3) Ulp. fr. 19 § 3 de prob. (22. 3) — unmittelbar hinter der Erwähnung der exceptio procuratoria.

4) Die Beziehung auf die Auctionen der Argentarien erklärt auch den Namen mercis non traditae, der wegen der auf Mobilien beschränkten Bedeutung des Worts merx — Ulp. 74 fr. 66 de V. S. — sonst auffallend wäre. Es war bei Proponirung der exceptio wesentlich nur an Auctionen von Mobilien gedacht. Die Jurisprudenz dehnte sodann die exceptio auf alle Arten von Verkäufen aus. Auf eine exceptio „fundi" non traditi ist vielleicht Gai. 29 fr. 44 de R. V. (6. 1) zu deuten.

5) Anders Eisele, die Compensation S. 247 fg.

6) Ist es denkbar, dass zu irgend einer Zeit der argentarius, der gleich viel zu fordern hatte, wie er schuldig war, seinem Clienten auf Verlangen das Ganze herauszahlen musste, während er selbst von diesem nichts verlangen konnte?

7) Erhob der argentarius diese, dann mochte der Kläger von ihm editio rationum verlangen und sich so über den Stand seines Contocorrents vergewissern.

8) Idem erit dicendum, et si ea pecunia petatur, quae pensata dicitur.

9) Vgl. Ulp. 74 fr. 59 de aedil. ed. (21. 1), cf. fr. 38 pr. eod.

§ 273. *TEMPORIS.*

Ulp. 74[1]).

Die Fassung der exceptio annalis ist bekannt:

Si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit.

Da Ulp. 74 l. c. die Bedeutung der dies utiles und des „cum experiundi potestas fuit" in einer Weise erläutert, die nicht wohl gestattet, die Stelle als Nebenbemerkung etwa gelegentlich der exceptio redhibitionis zu betrachten, so ist anzunehmen, dass die exceptio annalis im Edict proponirt war. Es hatte das auch seinen guten Sinn, zwar nicht für die Fälle, in denen das Edict von vornherein actio nur intra annum verhiess — hier war die exceptio in den Formeln ständig —, wohl aber für die zahlreichen Fälle, wo die Annalbeschränkung auf Praxis und Jurisprudenz beruhte.

Der praescriptio longi temporis[2]) begegnen wir in den Edictcommentaren nicht; in ihrer allgemeinen Anwendung ist sie ohne Zweifel postedictal. Ihr Ursprung wird in den Provincialedicten zu suchen sein.

Ebenso wenig finden wir eine Spur der berüchtigten exceptio annalis Italici contractus — c. 1 de ann. except. (7. 40) —; es wird vorläufig geraten sein, in Beziehung auf dieses Rätsel die ars ignorandi zu üben[3]).

§ 274. *NE PRAEIUDICIUM HEREDITATI FUNDOUE FIAT.*

Ulp. 75[4]), Iulian. 50[5]).

Die beiden hieher gehörigen Exceptionen lauten:

Quod praeiudicium hereditati non fiat[6])

und

Quod praeiudicium fundo (partiue eius) non fiat[7]).

Die exceptio „extra quam in reum capitis praeiudicium fiat" — Cic. de inuent. II 20 § 59. 60 — ist in das Hadrianische Album nicht übergegangen[8]).

§ 275. REI IUDICATAE *UEL IN IUDICIUM DEDUCTAE*[9]).

Ulp. 75[10]), Paul. 70[11]), Gai. 30[12]), Iulian. 51[13]).

Man nimmt allgemein[14]) an, dass die prozessuale Consumtion durch zwei Exceptionen durchgeführt worden sei: exceptio rei in iudicium deductae und exceptio

1) Fr. 1 de diu. temp. praescr. (44. 3).

2) Paul. sent. V 2 § 3. 4, V 5a § 8, fr. Vat. 7, Marcian. fr. 9 de diu. temp. pr. (44. 3), Modestin. fr. 3 eod.

3) Auch durch die neueste Behandlung — Erich Danz, die auctoritas und die annalis exceptio Ital. contr. 1876 — finde ich die Frage nicht gefördert. Vgl. zu dieser Schrift Pernice, Jenaer Lit. Ztg. 1877 Nr. 14.

4) Fr. 6 de h. p. (5. 3).

5) Fr. 13 de exc. (44. 1).

6) Iulian. 50 fr. 13 de exc. (44. 1), Gai. fr. 1 § 1 fam. erc. (10. 2) — hier die Fassung „*si in ea re q. d. a.* rel." —, Ulp. fr. 25 § 17 de h. p. (5. 3), Iustinian. c. 12 pr. de h. p. (3. 31), cf. Gai. IV 133. Vgl. Bülow, Prozesseinr. und Prozessvorauss. S. 169—172.

7) Afric. fr. 16, 18 de exc. (44. 1). Vgl. Bülow, a. a. O. S. 172—174.

8) Bülow, a. a. O. S 174—181.

9) D. (44. 2) de exceptione rei iudicatae.

10) Fr. 4, 7, 9, 11, 13 h. t., fr. 11 qui satisd. cog. (2. 8) cf. fr. 25 § 2 h. t., fr. 13 comm. diuid. (10. 3), fr. 3 pro emptore (41. 4). Fr. 4 h. t. falsch Ulp. 72 statt 75 (II statt U) inscribirt.

11) Fr. 6, 12, 14 h. t., fr. 17 de exc. (44. 1), fr. 159 de R. I. (50. 17) = fr. 14 § 2 h. t. Fr. 162 de R. I. (50. 17) ist fälschlich Paul. 70 inscribirt, ohne dass sich die richtige Inscription ermitteln liesse.

12) Fr. 15, 17 h. t.

13) Fr. 8, 10, 16, 25 h. t., fr. 10 fin. reg. (10. 1).

14) Vgl. z. B. Keller, Lit. Cont. u. Urt.

rei iudicatae. Diese Annahme ist unrichtig. Wie schon Cicero, de oratore I 37 § 168, nur von einer exceptio „quod ea res in iudicium ante uenisset[1])" weiss, so meldet auch Gaius (III 181, IV 106. 107. 121), dem wir die tiefere Einsicht in die ganze Lehre verdanken, nur von einer exceptio, die er stets gleichlautend als „exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae" bezeichnet[2]). Auch wäre es in der Tat wunderbar, wenn die Römer für genau den gleichen Zweck zwei Exceptionen aufgestellt hätten. Die exceptio lautete in classischer Zeit ohne Zweifel[3]):

> Si ea res q. d. a.[4]) iudicata uel in iudicium deducta non est inter Nm Nm et Am Am[5])[6]).

Wer die in den Noten angeführten Commentare aufmerksam liest, muss m. E. erkennen, dass wir nicht nach verlorenen Commentarfragmenten zur exceptio rei in iudicium deductae zu suchen haben, dass vielmehr die Juristen die von Gaius als eine exceptio überlieferte Einrede auch einheitlich commentiren.

Die Worte „uel in iudicium deducta" blieben auch nach beendigtem Vorprozess nicht weg: sie erfüllten auch jetzt noch einen Zweck: konnte doch das Urteil im Vorprozess nichtig, das iudicium aber giltig constituirt gewesen sein, in welchem Fall der Beklagte sich fortwährend lediglich auf die res in iudicium deducta berufen musste. Man denke nur an den naheliegenden Fall eines lite mortua erlassenen Urteils. Jedenfalls hatte der Beklagte Ursache, sich gegen die Behauptung der Nichtigkeit des frühern Urteils vorzusehen. Umgekehrt wird man auch, wenn der Vorprozess noch nicht entschieden war, gleichwohl die Worte „iudicata uel" als unschädlich in der exceptio belassen haben; man beugte dadurch dem immerhin möglichen Missverständniss vor, als ob mit dem Urteil im Vorprozess, das ja vielleicht während des Nachprozesses erfolgte, die Wirksamkeit der exceptio aufhöre. Ob Prob. Einsidl. 29 (L. A. E. = lege actum est) auf eine besondere Fassung unserer exceptio bei vorausgegangener legis actio deutet, mag dahingestellt bleiben; unwahrscheinlich ist es nicht[7]). Dunkel ist die Bedeutung der von Cicero[8]) überlieferten praescriptio „de eadem re alio modo."

S. 209, C. Pr. n. 844, Puchta, Institut. § 172, Savigny, System VI S. 267, Bethmann-Hollweg Versuche S. 152, C. P. II S. 492 n. 31. 632, Bekker, prozess. Cons. S. 276 fg., Krüger, prozess. Cons. S. 44 fgg., bes. S. 50.

1) Die Herausgeber pflegen bei dieser Stelle die angeführten Worte durch den Druck als Formelworte auszuzeichnen. Das ist irrig. Wenn Cicero sagt „ne exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium ante uenisset", so zeigt die ganze Fassung, dass wir in den letzten Worten nur die Begründung, nicht aber den Wortlaut der exceptio vor uns haben.

2) Ganz besonders deutlich tritt die Einheit der exceptio bei Gai. IV 121 hervor:

> Peremptoriae sunt quae perpetuo ualent nec euitari possunt, ueluti quod metus causa, aut dolo malo, aut quod contra legem senatusue consult*um* factum est, aut quod res iudicata est uel in iudicium deducta est.....

Man achte auf den Wechsel des aut und uel, welch letzteres Wort auch in allen andern angeführten Stellen des Gaius die beiden Stücke der exceptio mit einander verbindet, und man achte auch darauf, dass in allen diesen Stellen die Worte rei iudicatae voranstehen. Das „uel" hat den Sinn: „oder wenigstens".

3) Vgl. Ulp. 75 fr. 9 § 2, 11 § 3. 7 h. t.

4) Ulp. 75 fr. 7, 9, 11 pr.—§ 6, fr. 13 h. t., Paul. 70 fr. 12, 14 h. t., fr. 17 de exc. (44. 1), Gai. 30 fr. 15, 17 h. t., Iulian. 51 fr. 8, 10, 25 h. t.

5) Ulp. 75 fr. 11 § 7—ult. h. t. Utiles: inter Ni Ni cognitorem, tutorem, curatorem etc. et Am Am und umgekehrt.

6) Replicatio rei secundum se iudicatae: fr. 9 § 1 h. t., fr. 16 § 5 de pignor. (20. 1).

7) Vgl. Donat. in Terent. Andria III 1. 7 u. Adelph. III 2. 27.

8) De finibus V 29 § 88, ad fam. XIII 27 § 1.

§ 276. REI UENDITAE ET TRADITAE[1].

Ulp. 76[2], Paul. 71?[3].

Die exceptio lautete:

Si non A^s A^s[4] fundum[5] q. d. a. N^o N^o[6] uendidit[7] et tradidit[8].

Der Uebergang der exceptio auf die Successoren wird aus dem Musterformular wohl nicht zu erkennen gewesen sein[9]; er dürfte auf Jurisprudenz und Praxis zurückzuführen sein.

§ 277. DOLI MALI ET METUS[10].

Ulp. 76[11], Paul. 71[12], Gai. 30[13], Iulian. 51[14].

Gai. IV 119:

. . . . sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A^i A^i[15] FACTUM SIT NEQUE FIAT[16][17].

Cf. Ulp. 76 fr. 2 § 1. 3—5 h. t.

Ulp. 76 fr. 4 § 33 h. t.:

. . . . metus causa exceptio[18] in rem scripta est: SI IN EA RE NIHIL METUS CAUSA FACTUM EST.

Cf. Gai. IV 121.

§ 278. QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR[19].

Ulp. 76[20], Paul. 71[21], Gai. 30[22].

Unter dieser Rubrik waren diejenigen Exceptionen vereinigt, denen in den frühern Edictsabschnitten ein besonderes die actio versagendes Edict correspondirte, nämlich:

1) D. (21. 3).

2) Fr. 1 h. t., fr. 67 pr. de V. S. (50. 16), fr. 160 pr. § 1 de R. I. (50. 17). Da fr. 160 § 2 de R. I. wahrscheinlich auf die exceptio doli geht, vgl. fr. 6 de exc. (44. 1), so stand unsere exceptio wahrscheinlich vor der exceptio doli.

3) Fr. 58 de procur. (3. 3) vgl. n. 4.

4) *Is cui A^s A^s heres extitit:* Ulp. 76 fr. 1 § 1 h. t. *Auctor N^i N^i ex uoluntate A^i A^i:* fr. 1 § 2 h. t., fr. 160 pr. de R. I. (50. 17), fr. 14 de Public. (6. 2), fr. 7 § 6 pro emptore (41. 4), hieher vielleicht auch Paul. 71 fr. 58 de proc. (3. 3). *Curator A^i A^i:* fr. 7 § 1 de cur. fur. (27. 10). *De rebus uniuersitatis:* Ulp. 76 fr. 160 § 1 de R. I. (50. 17).

5) Der eigentliche und ursprüngliche Fall der exceptio war Verkauf und Tradition einer res mancipi durch den Eigentümer. Arg. fr. 1 pr. h. t.

6) Successoribus etiam proderit: fr. 3 pr. h. t. In factum: fr. 1 § 4 i. f. h. t.

7) Ulp. 76 fr. 67 pr. de V. S. (50. 16).

8) Ulp. 76 fr. 1 § 5 h. t. cf. fr. 14 de Publ. (6. 2).

9) A. M. Leonhard, Jahrb. f. Dogm. XVII, S. 202.

10) D. (44. 4).

11) Fr. 2, 4, 7 h. t., fr. 32 de fideiuss. (46. 1), fr. 160 § 2 de R. I. (50. 17) cf. fr. 6 de exc. (44. 1), fr. 4 § 29 h. t.

12) Fr. 1, 3, 5 h. t., fr. 6 de exc. (44. 1), fr. 2 iud. solui (46. 7).

13) Fr. 6 h. t.

14) Fr. 15 de fideiuss. (46. 1).

15) Exprimendum est, de cuius dolo quis queratur: Ulp. 76 fr. 2 § 1 h. t. Vgl. Ulp. 76 fr. 4 § 17—32 h. t., fr. 160 § 2 de R. I. (50. 17), Paul. 71 fr. 6 de exc. (44. 1).

16) Ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur exceptio: Ulp. 76 fr. 2 § 2 h. t. „Neque fiat“: Ulp. 76 fr. 2 § 3. 5 h. t., Paul. fr. 8 pr. h. t. (dolo facit, qui petit quod redditurus est).

17) In factum aduersus parentes patronosque: Ulp. 76 fr. 4 § 16 h. t. cf. Cic. ad Attic. VI 1 § 15.

18) C. 9 de contr. stip. (8. 37 [38]): exceptione proposita. Zur Geschichte vgl. Ulp. 76 fr. 4 § 33 h. t.

19) D. (44. 5).

20) Fr. 1 h. t.

21) Fr. 2 h. t.

22) Fr. 31 de iureiur. (12. 2).

1. Die **exceptio iurisiurandi**[1]) (vgl. § 54), etwa:

Si non N^s N^s[2]) *A^o A^o*[3]) *deferente iurauit rem q. d. a. A^i A^i non esse (se A^o A^o dare non oportere).*

Cf. Ulp. 22 fr. 9 pr. de iureiur. (12. 2).

2. Die **exceptio negotii in alea gesti**[4]) (vgl. § 63).

3. Die **exceptio onerandae libertatis causa**[5]) (vgl. § 140):

si non onerandae libertatis causa[6]) *promissum est.*

§ 279. SI QUID CONTRA LEGEM SENATUSUE CONSULTUM FACTUM ESSE DICETUR[7]).

Ulp. 76, Paul. 71, Iulian. 51.

Die einzelnen Gesetze und Senatsconsulte, auf Grund deren Exceptionen erteilt wurden, waren im Edict natürlich nicht aufgezählt, sondern nur die allgemeine Formel proponirt:

si in ea re nihil contra legem (senatus consultum) factum est.

In den Commentaren wurde hier näher nur auf solche gesetzliche Bestimmungen eingegangen, die nicht schon in frühern Abschnitten erörtert worden waren[8]), so namentlich:

1. auf die **lex Cincia**, Ulp. 76[9]), Paul. 71[10]), Paul. 23 breu.[11]). Neben der eigentlichen exceptio legis Cinciae[12]) finden wir hier in fr. Vat. 310 noch eine (im Edict wohl nicht proponirte) exceptio in factum[13]) erwähnt:

SI NON DONATIONIS CAUSA MANCIPAUI UEL PROMISI ME DATURUM.

2. auf die **lex Plaetoria**[14]): doch ist von den die exceptio legis Plaetoriae[15]) betreffenden Erläuterungen nichts erhalten.

3. auf das **Edict des Augustus de rebus litigiosis**[16]), Ulp. 76[17]).

Gai. IV 117[a]:

1) Ulp. 76 fr. 1 pr.—§ 3 h. t., Paul. 71 fr. 2 pr. h. t., Gai. 30 fr. 31 de iureiur. (12. 2).

2) Vgl. fr. 23, 24, 28 § 3 de iureiur. (12. 2), Ulp. 76 fr. 1 § 3 h. t.

3) Vgl. fr. 17 § 1—3 de iureiur. (12. 2), Ulp. 76 fr. 1 § 1 h. t.

4) Paul. 71 fr. 2 § 1 h. t. vgl. Ulp. fr. 19 § 4 de prob. (22. 3).

5) Ulp. 76 fr. 1 § 4—ult. h. t., Paul. 71 fr. 2 § 2 eod. Vgl. fr. 7 § 1 de exc. (44. 1).

6) Ulp. 76 fr. 1 § 5 h. t., Paul. 71 fr. 2 § 2 eod. Zur Geschichte vgl. fr. 1 § 1 de bon. lib. (38. 2).

7) Gai. fr. 3 de exc. (44. 1) cf. Gai. IV 121. *Siue quid in fraudem legis senatusue consulti factum esse dicetur?* Arg. fr. 7 § 7 de pact. (2. 14), fr. 29 de legib. (1. 3), fr. 8 § 6, 32 § 3 ad S. C. Vell. (16. 1).

8) Daher z. B. nicht auf die exceptio SC[i] Macedoniani und SC[i] Vellaeani. Nur bei Iulian. 51 fr. 15 ad SC Vell. (16. 1) findet sich eine Bemerkung über die letztere, die aber auch gelegentlich einer andern exceptio gemacht worden sein kann.

9) Fr. 46 ad l. Falc. (35. 2), fr. 3, 19 de don. (39. 5), fr. 32 de m. c. don. (39. 6), fr. 67 § 1 de V. S. (50. 16).

10) Fr. 14 de don. i. u. e. u. (24. 1), fr. Vat. 298—309.

11) Fr. Vat. 310. 311.

12) Vgl. auch fr. 21 § 1 de don. (39. 5), fr. 5 § 2. 5 de d. m. exc. (44. 4). Paul. lib. sing. ad l. Cinc. fr. 29 de legib. (1. 3): „Contra legem" facit qui id facit quod lex prohibet, „in fraudem" uero, qui saluis uerbis legis sententiam eius circumuenit.

13) Ueber deren Zweck einleuchtende Vermutung bei Huschke, iurispr. anteiust. ad h. l. Anders Rudorff, E. P. § 290 n. 2.

14) L. Iulia munic. lin. 112, Cic. de off. III 15 § 61, de natur. deor. III 30 § 74. Cf. Plaut. Rudens V 3, 25.

15) Fr. 7 § 1 de exc. (44. 1). Dazu Huschke, Zschr. f. R. G. XIII S. 321 fgg.

16) D. (44. 6), C. (8. 36) [37]).

17) Fr. 1 h. t. (44. 6), fr. 17 de a. u. a. p. (41. 2).

. . . . si fundum litigiosum[1]) sciens *a* non possidente[2]) emeris cumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omni modo summoueris.

Fragm. de iure fisci § 8:

*Qui contra e*dictum diui August*i re*m litigiosam a *non possi*dente comparauit, praeterquam *quod* emptio nullius momenti est, poenam . . . . fisco repraesentare compellitur.

Möglich übrigens, dass die exceptio rei litigiosae, weil weder auf eine eigentliche lex noch auf ein Senatusconsult zurückgehend, in factum concipirt und besonders proponirt war.

Tit. XLV.

DE STIPULATIONIBUS PRAETORIIS[3]).

Ulp. 77—81, Paul. 72—78, Gai. 27. 28, Iulian. 52—58.

Der letzte Abschnitt des prätorischen Edicts enthält die prätorischen Stipulationen, d. h. ihre Formulare[4]). Einleitende Edicte sind hier als Regel nicht vorhanden, da ja die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Pflicht oder das Recht zur Eingehung oder Anbietung einer solchen Stipulation bestehe, fast überall schon in frühern Abschnitten des Edicts erledigt war: man denke an die Titel de uadimoniis, de satisdando, de tutelis, de legatis, de operis noui nuntiatione u. a. m. Ausnahmsweise finden wir freilich auch in diesem Abschnitt ein Edict[5]), wie ja auch im Anschluss an die Interdictsformulare dergleichen vorkommt.

Was die Commentare anlangt, so springt Ulpian anscheinend sofort in medias res. Nach einer kurzen Betrachtung über die prätorischen Stipulationen überhaupt — Ulp. 77 (fälschlich: 70) fr. 1 de stip. praet. (46. 5) — wendet er sich alsbald zu den einzelnen Stipulationen des Albums. Ebenso handelt das Wenige, was aus Gaius' Commentar erhalten ist, durchaus vom Detail einzelner edictaler Stipulationen. Dagegen haben Paulus und Julian diese Gelegenheit ergriffen, um einleitungsweise die ganze Lehre von den Stipulationen vorzutragen. Hieher gehört aus Paulus der ganze lib. 72[6]), wo nur gelegentlich eine oder die andere Bemerkung über Bestandteile prätorischer Stipulationen mitunterläuft[7]), aus Julian aber gar die drei Bücher 52—54[8]). Bei Paul. 73 folgt zunächst die allgemeine Einleitung zu den prätorischen Stipulationen, wovon wir in fr. 2 de stip. praet. (46. 5) ein Stück vor uns

1) Ulp. 76 fr. 1 h. t., Seuer. et Antonin. c. 1 h. t. Vgl. auch fr. 27 § 1 ad SC Vell. (16. 1).

2) Ulp. 76 fr. 17 de a. u. a. p. (41. 2), cf. c. 2 de distr. pign. (8. 27 [28]).

3) D. (46. 5).

4) Vgl. l. Rubria c. 20 lin. 24 sq. 34 sq. Daher das oft wiederkehrende satisdare ex forma (secundum formam) edicti, s. z. B. fr. 14 qui satisd. (2. 8), c. 4 de tut. et cur. q. sat. non ded. (5. 42).

5) Fr. 4 pr. si cui plus (35. 3).

6) Fr. 43 de O. et A. (44. 7), fr. 83 de V. O. (45. 1), fr. 29 de stip. seru. (45. 3), fr. 34 de fideiuss. (46. 1), fr. 20 de nou. (46. 2).

7) Vgl. fr. 83 pr. § 5 i. f. § 8 de V. O. (45. 1).

8) Vgl. Hommels Palingenesie I p. 289 sqq.

haben, und sodann Einzelerörterungen[1]), von denen wir nicht ermitteln können, ob sie bereits Beziehung auf bestimmte edictsässige Stipulationen haben oder ob sie (was mir wahrscheinlicher) gleichfalls noch einleitender Natur sind, indem sie nämlich solche Fragen betreffen, die bei vielen prätorischen Stipulationen gleichmässig wiederkehren. Sichere Beziehungen auf spezielle Cautionen finden wir erst bei Paul. 74, Iulian. 55.

Was die Zahl der von mir aufgenommenen Stipulationen betrifft, so habe ich drei von Rudorff recipirte auslassen zu sollen geglaubt. Einmal die Satisdationen, die nach Gai. III 125 auf Grund der lex uicesima hereditatium „proponuntur" (Rudorff, E. P. § 297): dafür, dass diese im Album des Praetors proponirt waren, sprechen weder innere Gründe noch Quellenzeugnisse. Zweitens die dem Substituten von dem bedingt Eingesetzten zu leistende Caution (E. P. § 299): es wird sich unten (§ 281) ergeben, dass diese nur eine Anwendung der cautio pro praede litis et uindiciarum war; dass sie nicht besonders proponirt war, zeigt übrigens deutlich Ulp. 77 fr. 12 qui satisd. cog. (2. 8) v.: inter omnes conuenit. Endlich die cautio de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur uel minuuntur: hierüber das Nähere S. 421 n. 1.

§ 280. *UADIMONIUM SISTI.*

Ulp. 77[2]), Iulian. 55[3]).

Welche Formeln hier proponirt waren, das können wir lediglich aus dem Edictstitel de uadimoniis (s. S. 65 fgg.) schliessen: die erhaltenen Commentarfragmente geben uns so gut wie keine Ausbeute. Nach dem Inhalt jenes Titels aber haben wir hier zu erwarten:

1. das auf quanti ea res erit gestellte Vadimonium „si iudicati depensiue agatur". Gai. IV 186.

2. das auf eine certa summa gestellte ex ceteris causis. Gai. eod.

3. speziell: das ebenfalls auf eine certa summa gestellte „si ex noxali causa agatur[4])". —

Allen Vadimonien gemeinsam ist, dass das Versprechen zunächst auf „illo die illo loco sisti[5])" geht: das Interesse oder die poena ist für den Fall „si non stiteris" ausbedungen. Das Vadimonium si ex noxali causa agatur ist auf „in eadem causa sisti oder exhiberi" gerichtet[6]). Den Parteien stand es mit Zustimmung des Prätors[7]) frei, die Folgen der Versäumung des Vadimonium anders zu normiren, namentlich auch das „ni stiteris, tantam pecuniam dari" wegzulassen[8]).

Ueber die Fassung der Vadimonien im Einzelnen sind wir nicht unterrichtet. Dieselbe darf nicht allzu kurz und einfach gedacht werden[9]), ohne

1) Fr. 70 de V. S. (50. 16), fr. 16 de tut. et cur. dat. (26. 5).

2) Fr. 9 si quis caution. (2. 11), fr. 8 de naut. faen. (22. 2), fr. 81 de V. O. (45. 1), fr. 161 de R. I. (50. 17). Cf. Ulp. 77 fr. 1 § 3 de stip. praet. (46. 5).

3) Fr. 13 si quis caution. (2. 11), fr. 24 de condicion. (35. 1).

4) Oben S. 67. Hieher Ulp. 77 fr. 9 si quis caution. (2. 11).

5) Gai. IV 184, Gell. N. A. VI 1 i. f.

6) Oben S. 67. Paul. 72 fr. 83 i. f. de V. O. (45. 1).

7) Ulp. 77 fr. 1 § ult. de stip. praet. (46. 5). Fr. 52 pr. de V. O. (45. 1).

8) Ulp. 77 fr. 81 de V. O. (45. 1).

9) Ouid. amor. I 12, 23: uadimonia garrula.

dass aber andererseits Grund zu der Annahme wäre, dass dieselbe besonders verwickelt gewesen sei[1]). Reconstructionsversuche sind nach Lage der Quellen zwecklos.

§ 281. PRO PRAEDE LITIS ET UINDICIARUM.

Ulp. 77[2]), Paul. 74[3]), Gai. 27[4]), Iulian. 55[5]).

Gai. IV 91. 94:

> Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agit*ur* aut per sponsionem, siquidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet quae appellatur IUDICATUM SOLUI, si uero p*er* sponsionem illa quae appellatur PRO PRAEDE LITIS ET UINDICIARUM . . . . (94) ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS UINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et u*in*diciis, id est pro re et fructibus, a possessor*e* petitori dabantu*r*.

Prob. 5, 22: P. P. L. V. = pro praede litis uindic*iar*um. Cf. fr. Vat. 336. Cic. in Verr. II[1] 45 § 115.

Unter den Digestenstellen, die in ihrem gegenwärtigen Wortlaut von der cautio iudicatum solui handeln, sind zweifellos nicht wenige, die ursprünglich die cautio P. P. L. V. betrafen und erst durch die Compilatoren auf die cautio I. S. umgemodelt wurden; dieser Vorgang ist aber nicht überall mit Sicherheit nachzuweisen. Um so wertvoller ist es, dass wir mindestens bei einem Commentar — dem Ulpians — eine Anzahl von Stellen mit Sicherheit der cautio P. P. L. V. zuweisen können. Die Compilatoren lassen den Ulpian in lib. 77. 78 von der cautio I. S. handeln. Es geht nun keineswegs an mit Rudorff (E. P. § 295 n. 1, § 296 n. 1) beide Bücher zu beiden Cautionen zu ziehen. Nicht nur nämlich liegt eine solche Parallelbehandlung gar nicht in den Gewohnheiten Ulpians. Es ergibt sich auch aus den zweifellos auf die cautio I. S. gehenden, offenbar einleitenden Worten des Juristen in Ulp. 78 fr. 6 I. S. (46. 7), dass derselbe die cautio I. S. erst in lib. 78 behandelt hat:

> Iudicatum solui stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo.

Die Voranstellung der civilen oder an Civilrecht sich anlehnenden Rechtsmittel entspricht ja auch nur der allgemeinen Regel, wenn nicht des Edicts, so doch jedenfalls des Ulpianschen Commentars. Kann daher Ulp. 77 mit Gewissheit für die cautio P. P. L. V. in Anspruch genommen werden, so sind dagegen die Stellen aus den übrigen Commentaren mit Vorsicht zu benutzen, soweit

1) Ueber Cic. ad Quint. fratr. II 13 (15a) § 3 vgl. Keller, C. Pr. n. 544.

2) Fr. 3, 5 I. S. (46. 7), fr. 12 qui sat. cog. (2. 8), fr. 6 de feriis (2. 12), fr. 36 de receptis (4. 8), fr. 26 de re iud. (42. 1), fr. 33 de fideiuss. (46. 1), fr. 57 de solut. (46. 3) cf. fr. 5 pr. I. S. (46. 7), fr. 20 de acceptilat. (46. 4), fr. 68 de V. S. (50. 16).

3) Fr. 8, 11 I. S. (46. 7), fr. 46 mand. (17. 1) cf. Ulp. 77 fr. 5 § 5 I. S. (46. 7), fr. 84 de V. O. (45. 1) cf. Ulp. 77 fr. 5 pr. I. S. (46. 7). Fr. 44 de O. et A. (44. 7) und das damit zu verbindende fr. 34 de man. test. (40. 4) enthalten gelegentliche Erörterungen, die vermutlich durch den dies der Stipulation veranlasst sind, s. unten S. 416.

4) Fr. 7 I. S. (46. 7).

5) Fr. 52, 55 de R. V. (6. 1), fr. 4, 14 I. S. (46. 7), fr. 20 de legib. (1. 3)?

nicht durch Parallelstellen des Ulpianschen Commentars die Beziehung ihres Inhalts auf unsere cautio nachgewiesen werden kann.

Wenden wir uns nunmehr zu dem Inhalt unserer Caution, so gibt Rudorff (E. P. § 296) derselben nach Analogie der cautio I. S. ebenfalls tres clausulas in unum collatas: die erste de re iudicata gestellt auf „*quod ob eam rem te heredemque tuum . . . . pro praede litis uindiciarum dare facere oportet, id dari fieriue*“, die zweite de re defendenda auf „*quamdiu res sit, rem uiri boni arbitratu defendi*“, die dritte de dolo malo auf „*si huic rei dolus malus non aberit afuerit, quanti ea res est, tantam pecuniam dari*“. Und all dies hat Rudorff so drucken lassen, als ob es nicht etwa bloss dem Inhalt nach, sondern wörtlich erwiesen wäre, während in Wirklichkeit die Formulirung sowohl im Ganzen wie im wesentlichen Einzelnen nachweisbar verfehlt ist[1]). Im Folgenden soll versucht werden, das, was sich über unsere Caution ermitteln lässt, quellenmässig zu belegen.

In der cautio P. P. L. V. waren „plures causae una quantitate conclusae“[2]), d. h. die Stipulation enthielt mehrere Bedingungen, von denen nur eine einzutreten brauchte, um die am Schlusse der Stipulation versprochene quantitas zum Verfall zu bringen. Als solche causae sind sicher nachweisbar die clausula ob rem iudicatam[3]), die clausula ob rem non defensam[4]), die clausula de dolo malo (s. unten S. 414, Ziff. 3).

1. Die clausula ob rem iudicatam ist uns in ihrem wesentlichsten Teile erhalten bei Cels. fr. 158 de V. S. (50. 16):

> item in stipulando[5]) satis habemus de herede cauere „si ea res secundum me heredemue meum iudicata erit“ et rursus „quod ob eam rem te heredemue tuum“.

Die hervorgehobenen Worte[6]) passen vortrefflich in eine Clausel, deren Verfall sich nicht an eine Geldcondemnation knüpfte, sondern an das im Sponsionsprozess, sei es auch indirect, gefällte Urteil über die Zuständigkeit des streitigen Rechts selbst: es ist ja bekannt, dass der Ausdruck „secundum me (testamentum, libertatem etc.) iudicatum est“ gerade für die pronuntiationes de iure der vorzugsweise technisch übliche war[7]). Freilich aber ist die Bedingung, wie sie uns Celsus überliefert, nicht vollständig. Zunächst enthielt dieselbe zweifellos die Bezeichnung des Richters (Einzelrichter oder Centumvirn), von dem das Urteil ausging, vgl. Ulp. 77 fr. 3 pr. I. S. (46. 7):

> Si quis apud aliquem iudicem iturus stipulatus est *pro praede litis*

1) Nur wenig besser ist die Formulirung Jordans (de praed. lit. et uind. diss. 1860 p. 62).

2) Ulp. 77 fr. 5 § 2 I. S. (46. 7), fr. 20 de acceptilat. (46. 4).

3) Ulp. 77 fr. 20 de acceptilat. (46. 4).

4) Ulp. 77 fr. 3 § 9, 5 § 3. 7 I. S. (46. 7), fr. 33 de fideiuss. (46. 1).

5) Man beachte, dass die Stipulation nicht genannt ist: Celsus nannte sie ohne Zweifel; wenn die Compilatoren den Namen streichen, so beweist das, dass wir es hier mit einer zu Justinians Zeit nicht mehr praktischen Stipulation zu tun haben.

6) Zu dem „heredemue tuum“ wurde vielleicht noch hinzugefügt „eumue ad quem ea res pertinet“, vgl. Paul. 73 fr. 70 i. f. de V. S. (50. 16). Doch ist dies nicht erweislich.

7) Vgl. z. B. fr. 57 de h. p. (5. 3), fr. 57 de R. V. (6. 1), fr. 9 § 1, 30 § 1 de exc. r. iud. (44. 2), fr. 4 § 7 de d. m. exc. (44. 4), fr. 16 § 5 de pign. (20. 1), fr. 27 § 1 de lib. cau. (40. 12), fr. 8 § 16, 10 pr. de inoff. test. (5. 2), fr. 2 § 4, 15 § 4 de I. F. (49. 14). Vgl. auch Jordan, l. c. p. 62 u. 95.

uindiciarum[1]) et agit apud alterum, non committitur stipulatio, quia non huius iudicis sententiae *sponsores*[2]) se subdiderunt.

Stand ein Einzelrichter in Frage, so wurde üblicher Weise zugefügt:

quiue in locum eius substitutus erit[3]),

so dass die Clausel bis hieher also lautete:

SI EA RES Q. D. A.[4]) A L. TITIO IUDICE QUIUE IN LOCUM EIUS SUBSTITUTUS ERIT SECUNDUM ME HEREDEMUE MEUM IUDICATA[5]) ERIT.

Hiemit haben wir indess erst die eine Hälfte der Clausel. Der Sponsionsprozess endigte, materiell betrachtet, in einer blossen pronuntiatio rem q. d. a. A[1] A[1] esse. Wo nun per formulam petitoriam prozessirt wurde, knüpft sich an diese pronuntiatio bekanntlich zunächst der iussus de restituendo, und nur, wenn diesem nicht gehorcht wurde, kam es zur condemnatio pecuniaria; all dies sah der Wortlaut der formula petitoria ausdrücklich vor. Es ist nun durchaus unglaublich, dass im Sponsionsprozess materiell anders verfahren wurde, und Gai. IV 89 bestätigt uns direct die materielle Uebereinstimmung der beiden Verfahrensarten:

a*e*quu*m* . . . . . uisum est (*te*) . . . . . cauere, ut si uictus sis *nec rem* ipsam restituas nec litis aestimationem suffe*r*as, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.

Wo kam nun im Sponsionsprozess die facultas restituendi formell zum Ausdruck? Die Antwort ist selbstverständlich: in der cautio P. P. L. V., und zwar vermute ich, dass der Name dessen, der de restituendo arbitriren sollte, von vornherein in der Stipulation genannt war:

neque ea res[6]) *arbitratu Lucii Titii restituetur*[7]).

Die Clausel bedarf aber auch jetzt noch weiterer Ergänzung. Die Restitutionsverpflichtung war bei der cautio P. P. L. V. eigentümlich qualificirt: konnte der Beklagte dieser Verpflichtung sei es hinsichtlich der Streitsache selbst (weil diese physisch oder juristisch eine Minderung erlitten hatte) sei es hinsichtlich der Früchte (weil er diese nicht gezogen hatte oder nicht mehr besass) nicht in vollem Umfange nachkommen, so war er zu doppeltem Ersatz der Früchte verpflichtet. Dieser Satz geht zurück auf die Bestimmung der 12 Tafeln, die uns Festus s. v. Vindiciae überliefert:

Si uindiciam falsam tulit, si uelit is . . . . tor arbitros tris dato, eorum arbitrio . . . . fructus duplione damnum decidito.

Für die classische Zeit wird er durch folgende Quellenzeugnisse erwiesen.

Paul. sent. I 13[b] § 8:

Possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere uel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogetur.

1) *Dig.* iudicatum solui.
2) *Dig.* fideiussores.
3) Fr. 20 i. f. I. S. (46. 7).
4) Vgl. Ulp. fr. 13 i. f. I. S. (46. 7). Ueber die Ueberflüssigkeit einer demonstratio vgl. Schirmer, Judicialstipulationen S. 50 fgg.
5) Hiezu vgl. Ulp. 77 fr. 6 de feriis (2. 12), fr. 36 de receptis (4. 8), fr. 26 de re iud. (42. 1).
6) Vgl. Paul. fr. 83 § 5 i. f. de V. O. (45. 1).
7) Ulp. 77 fr. 68 de V. S. (50. 16): Illa uerba „arbitratu Lucii Titii fieri“ ius significant et in seruum non cadunt. Wurde der Sponsionsprozess vor einem Einzelrichter geführt, so wird man wohl immer dessen Namen eingefügt haben (wie dies auch im Text geschehen).

Paul. sent. V 9 § 1:

> Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cauere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat . hoc enim casu . . . . . . duplos fructus . . . . praestare compellitur.

Dass sich nämlich diese Stelle auf die cautio P. P. L. V. bezieht[1]), zeigt Ulp. 77 — man beachte die Inscription — fr. 12 qui sat. cog. (2. 8):

> Inter omnes conuenit heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, substituto cauere debere de hereditate, et, si defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optinuerit, committi stipulationem[2]) . et plerumque ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis uenientem ex causa iubere solet stipulationem interponi.

Der Prätor, der dem bedingt Eingesetzten den vorläufigen Besitz der Erbschaft gewährt, zwingt ihn, dem Substituten cautio P. P. L. V. zu leisten, die ganz wie sonst auf „si secundum me iudicatum erit" abgestellt wird: die Verpflichtung zum Doppelersatz der Früchte ist einfach die fructus duplio der 12 Tafeln, „si uindiciam falsam tulit". Auf diesen Doppelersatz secundum legem spielt endlich auch an Ulp. 24 fr. 9 § 6 ad exhib. (10. 4):

> . . . . . si post litem contestatam usucaptum exhibeat, non uidetur exhibuisse, cum petitor intentionem suam perdiderit, et ideo absolui eum non oportere, nisi paratus sit repetita die intentionem suscipere, ita ut fructus secundum legem aestimentur.

Vgl. auch Ulp. 31 fr. 6 § 7 mand. (17. 1).

Paul. sent. V 9 § 1 cit. bezeichnet die Bedingung, unter der die Verpflichtung zum doppelten Früchteersatz eintreten soll, mit den Worten „(si) res hereditarias deminuat[3])". Dies bringt mich auf den Gedanken, dass eine bisher nicht richtig erklärte Probusglosse — Einsidl. 52: D. D. D. [M.] = deinde deperit deminutum — zu unserer Caution gehört, dass nämlich in dieser der Fall der Unmöglichkeit vollständiger Restitution mit den Worten bezeichnet war: „si quid deinde deperi*er*it deminutum erit". „Deinde", d. h.: ex die accepti iudicii[4]). Diese Vermutung wird entscheidend bestätigt durch die Worte, in denen das s. g. SC Iuuentianum die Ausdehnung der Restitutionsverpflichtung auf vor der Litiscontestation zu Grunde gegangene Sachen ausspricht:

> pretia, quae ad eos rerum ex hereditate uenditarum peruenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeue fuissent, restituere debere[5]).

1) S. auch Wetzell, Vindicationsprozess S. 35 fg.

2) Es handelt sich also um eine Stipulation, die verfällt, wenn de hereditate entschieden ist, d. h. notwendig entweder um die cautio P. P. L. V. oder um die cautio I. S. Die Inscription Ulp. 77 und dass die Compilatoren den Namen der Caution gestrichen haben, entscheidet für die cautio P. P. L. V.

3) Vgl. auch Ps. Ascon. in Verrin. II 1 45 § 115: . . . . dat pro praede litis uindiciarum aduersario suo, quo illi satis faciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium esset.

4) Paul. V 9 § 2: ex die accepti iudicii dupli fructus computantur. Vgl. auch Paul. fr. 40 i. f. de R. C. (12. 1): quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, cum condicio exstiterit, sicut est in fructibus.

5) Vgl. fr. 20 § 6b. 21, fr. 21 de h. p. (5. 3).

Und sie erhält eine weitere Stütze dadurch, dass auch die im Prob. Einsidl. folgende Glosse (53: H. COG. = herede cognitore), wie sich unten zeigen wird, einen Bestandteil unserer Caution enthält. Fragt sich weiter, mit welchen Worten die Caution die Fruchtersatzverpflichtung selbst zum Ausdruck brachte. Es ist entschieden wahrscheinlich, dass der civile Ursprung dieser Verpflichtung in dem Formular auch äusserlich hervortrat, und hieher werden die Worte zu ziehen sein, die Celsus in dem oben angeführten fr. 158 de V. S. neben den Worten „si ea res secundum me heredemue meum iudicata erit“ als zu unserer Caution gehörig anführt:

quod ob eam rem te heredemue tuum.

Ich denke mir den Zusammenhang einfach folgender Massen:

Si ea res q. d. a. secundum me heredemue meum . . . . iudicata erit neque ea res, quodque ob eam rem, si quid deinde deperierit deminutum erit, te heredemue tuum . . . . . ., arbitratu Lucii Titii restituetur.

Den Relativsatz habe ich absichtlich unergänzt gelassen. Dem Sinne nach erwartet man „fructuum nomine dare oportet[1])“. Der wirkliche Wortlaut ist aber nicht zu ermitteln. Die Rudorff'sche Ergänzung „quod ob eam rem te . . . . . . pro praede litis uindiciarum dare facere oportet“ bedarf wohl kaum der Widerlegung. Rudorff ist zu dieser unglücklichen Conception wohl nur durch die Meinung verleitet worden, die Worte „pro praede litis uindiciarum“ müssten irgendwo in der Caution untergebracht werden, während diese Worte in Wirklichkeit nur auf die historische Wurzel der Caution[2]) hinweisen wollen. Möglich ist, dass diese historische Wurzel etwa in Gestalt einer Fiction sichtbar wurde[3]), nicht möglich aber das sinnlose „pro praede litis uindiciarum dare facere oportere“.

Die clausula ob rem iudicatam ist hiemit, so weit möglich, vollständig reconstruirt, und nur noch das bleibt zu bemerken, dass dieselbe, wenn Stellvertreter als Stipulanten auftraten[4]), eine auf die Vollmacht des Vertreters bezügliche exceptio erhielt[5]), im Uebrigen aber unverändert auf den Namen des Vertretenen lautete.

2. Die zweite Clausel lautet „ob rem non defensam[6])“. Die Bezeichnung „de re defendenda“, wie in der Hauptstelle über die cautio I. S.[7]), findet sich hier nicht. Daher wird die Clausel nicht mit Rudorff auf „rem uiri boni arbitratu defendi“ abgestellt werden dürfen, sondern, im genauen Anschluss an die Formulirung der ersten Clausel, auf:

si ea res uiri boni arbitratu[8]) *defensa non erit.*

Der Prätor hatte sich aber hier nicht begnügt, einfach zu sagen „si res defensa non erit“, sondern er hatte die Personen aufgezählt, von denen und

1) Vgl. Labeo fr. 78 de R. V. (6. 1) (eine Stelle, die aber schwerlich hieher gehört): nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet.

2) Gai. IV 94.

3) Eine solche hält auch Keller, C. P. bei n. 660 für möglich. S. auch Dernburg, Hdlb. krit. Zschr. I S. 157.

4) Ulp. 77 fr. 3 § 1—7 I. S. (46. 6), vgl. Paul. 73 fr. 16 de tut. et cur. dat. (26. 5).

5) Man beachte das „committi stipulationem“ bei Ulp. 77 fr. 3 § 3. 5. 6. 7 I. S. (46. 7).

6) S. 410 n. 4.

7) Ulp. 78 fr. 6 I. S. (46. 7).

8) Ulp. 77 fr. 33 i. f. de fideiuss. (46. 1), Venulei. fr. 17 I. S. (46. 7).

wider die die Defension übernommen werden sollte, Ulp. 77 fr. 5 § 3 I. S.:

> Nunc uideamus, qualis defensio exigatur, ne committatur stipulatio, et quarum personarum . et si quidem ex personis **enumeratis**[1]) in defensionem quis succedat, palam est recte rem defendi . . . .

Damit ist zu verbinden Paul. sent. V 9 § 2, eine zweifellos auf die cautio P. P. L. V. bezügliche Stelle:

> Ex die accepti iudicii dupli fructus computantur . et tam dantes quam accipientes, heredes quoque eorum, procuratores cognitorumque personae, itemque sponsores eadem stipulatione comprehenduntur: eorum quoque, quorum nomine promittitur.

Hienach ergibt sich folgender Wortlaut der Clausel, der durch die in den Noten angeführten Belege entscheidend bestätigt wird:

> *siue ea res a te*[2]) *herede*[3]) *cognitore*[4]) *procuratore*[5]) *sponsoribus tuis*[6]) *aduersus me heredem cognitorem procuratorem meum boni uiri arbitratu defensa non erit*[7]).

(Diejenigen „quorum nomine promittitur", Paul. l. c., wurden natürlich nur beigefügt, wenn die Stipulation in fremdem Namen eingegangen war.)

3. Als dritte Clausel ist die de dolo malo nach dem Beispiel der übrigen prätorischen Stipulationen an sich wahrscheinlich. Ihre Existenz wird bestätigt durch Ulp. 77 fr. 5 § 2 I. S. (46. 7), wo von **plures** causae bei unserer Caution die Rede ist, worunter doch wohl mehr als zwei zu verstehen sind, und durch Ulp. 77 fr. 20 de acceptil. (46. 4), wo neben der clausula ob rem iudicatam noch ceterae partes stipulationis, also eine Mehrzahl noch übriger Clauseln, erwähnt werden. Neben den clausulae ob rem iudicatam und ob rem non defensam ist aber schwerlich irgend eine andere Clausel als die de dolo gedenkbar. Ihren Wortlaut wird man aus fr. 38 § 13 de V. O. (45. 1)[8]) entnehmen dürfen:

> cui rei dolus malus non abest non afuerit.

Daran schloss sich sodann unmittelbar die bei Ulp. 77 fr. 5 § 2 h. t. bemerkte „una quantitas" der Caution, so dass die ganze Caution lautete:

> *Si ea res q. d. a. a Lucio Titio iudice quiue in locum eius substitutus erit secundum me heredemue meum iudicata erit neque ea res, quodque ob eam rem, si quid deinde deperierit deminutum erit, te heredemue tuum . . . ., arbitratu Lucii Titii (mihi herediue meo) restituetur, siue ea res a te herede cognitore procuratore sponsoribus tuis aduersus me heredem cognitorem procuratorem meum boni uiri arbitratu defensa non erit, cuiue rei dolus malus non abest non afuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes? spondeo.*

1) Vgl. Gai. 27 fr. 7 eod.: persona, quae stipulationi comprehensa est.

2) Ulp. 77 fr. 3 § 8 I. S. (46. 7).

3) Ulp. 77 fr. 5 § 1 eod., fr. 33 de fideiuss. (46. 1), Iulian. 55 fr. 52, 55 de R. V. (6. 1). Vgl. auch fr. 32 § 2 ad l. Falc. (35. 2).

4) Prob. Einsidl. 53: H. COG. = herede cognitore.

5) Ulp. 77 fr. 5 § 3 eod., Gai. 27 fr. 7 eod.

6) Ulp. 77 fr. 3 § 10, fr. 5 pr § 1. 4—7 eod., Paul. 74 fr. 46 mand. (17. 1), fr. 84 de V. O. (45. 1).

7) Ulp. 77 fr. 5 § 8 eod.

8) Vgl. fr. 19 § 1 I. S. (46. 7), fr. 69 de V. S. (50. 16).

Hiemit scheint unsere Aufgabe erschöpft. Es bleibt aber noch ein wichtiger Punkt zu erörtern. Ich habe oben durch die Vergleichung mit Ulp. 77 fr. 12 qui sat. cog. (2. 8) dargetan, dass Paul. sent. V 9 § 1 von der cautio P. P. L. V. handelt. Dies letztere vielbesprochene Fragment fordert jetzt nochmals unsere Betrachtung heraus:

> Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cauere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat: hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur: huius enim praeiudicium a superiore differt, quo quaeritur, an ea res qua de agitur maior sit centum sestertiis: ideoque in longiorem diem concipitur.

Was für ein praeiudicium ist hier gemeint, das a superiore differire? und was war der Zweck des praeiudicium superius selbst? Ich glaube es unterlassen zu sollen, auf die verschiedenen Beantwortungen, die diese Frage bisher gefunden hat[1]), einzugehen. M. E. ist aller Wahrscheinlichkeit nach richtig die Vermutung Wetzells[2]), dass das praeiudicium „an ea res q. d. a. maior sit centum sestertiis" sich auf die Competenz der Centumvirn bezog, denen die Sachen über 100 000 Sesterzien vorbehalten waren. Doch denke ich mir das Verhältniss nicht ganz so wie Wetzell. Dieser nimmt an, dass es bei Gegenständen über 100 000 Sesterzien nicht im Belieben der Parteien gestanden habe, die Sache durch Sponsion vor einen Einzelgeschworenen zu bringen, und so habe der Prätor der auf die Sponsion gestützten Formel ex officio eine „praescriptio praeiudicii" beifügen müssen, etwa: ea res agatur, quae C sestertiis maior non est. Eine solche praescriptio, deren Möglichkeit vorausgesetzt, wäre offenbar kein praeiudicium. Weit wahrscheinlicher ist mir, dass das praeiudicium in dem so nahe liegenden Fall eintrat, wenn die Parteien über den Streitwert nicht einig waren. Hier musste, da die cautio P. P. L. V. den künftigen Richter namhaft machte, vor deren Eingehung der Streitwert und damit die Competenzfrage entschieden werden, und das geschah eben in jenem Präjudicium, das wir uns im Anschluss an unsere Caution proponirt zu denken haben. Lautete nun die Präjudicialformel wie Paulus überliefert:

an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis,

so ist auch klar, warum in dem besondern Fall des Fragments diese Formel verändert werden und überdies die Bürgen auf längere Zeit als gewöhnlich haftbar gemacht werden mussten: eine res de qua agitur, ein Prozessobject, ein Prozess überhaupt lag hier noch gar nicht vor, und wie die Früchte desshalb hier von einem andern Termin ab als sonst (a die interpositae stipulationis statt a die accepti iudicii, Paul. sent. V 9 § 2) berechnet werden mussten, so musste auch das praeiudicium anders lauten, etwa:

an Sempronii hereditas maior sit centum sestertiis,

und mussten ferner, da ja die Entscheidung der dem institutus gesetzten Be-

1) Schulting in Paul. ad h. l., Heffter, obs. ad Gai. p. 117 sq., Bülow, de praeiud. form. (1859) p. 15 sqq., Rudorff, R. G. II p. 121. 134. 212, zu Puchta's Instit. § 320 n. b., Huschke, iurispr. anteiust. ad h. l.

2) Vindicationsprozess, S. 39. 78.

dingung in weiter Ferne liegen konnte, die Sponsoren in longiorem diem verpflichtet werden; in longiorem diem, d. h. nicht wie sonst bloss auf die Dauer der Zeit, innerhalb deren in dem bevorstehenden Prozess ein giltiges Urteil allein gefällt werden konnte[1]), sondern auf eine längere nach Ermessen vom Prätor zu bestimmende Frist[2]).

§ 282. IUDICATUM SOLUI[3]).

Ulp. 78[4]), Paul. 75[5]) (?), Gai. 27[6]).

Die Spärlichkeit der auf die cautio I. S. bezüglichen erhaltenen Fragmente darf nicht überraschen: sehr Vieles war ihr mit der cautio P. P. L. V. gemeinsam, und die Juristen gaben die betreffenden Erörterungen natürlich bei der im Edict voranstehenden Caution und verwiesen bei der cautio I. S. nur zurück, so dass sich begreift, wieso die Compilatoren ihren Titel Iudicatum solui zum grössten Teil aus Erörterungen zusammensetzen mussten, die ursprünglich die cautio P. P. L. V. betrafen. —

Ulp. 78 fr. 6 h. t.:

> Iudicatum solui stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo.

Es ist bemerkenswert, dass der Jurist hier nicht, wie bei der cautio P. P. L. V., von „plures causae una quantitate conclusae“ spricht, sondern nur von tres clausulae in unum collatae. In der Tat ist es m. E. aus innern und äussern Gründen unzweifelhaft, dass unsere cautio ganz anders gefasst war, als die cautio P. P. L. V. und dass namentlich an ein die drei Clauseln verbindendes, die Caution abschliessendes „quanti ea res erit, tantam pecuniam dari“ nicht gedacht werden kann[7]).

Was zunächst den Inhalt der clausula de re iudicata betrifft, so kann dieser nur der gewesen sein, dass der Promissor die Zahlung der Summe versprach, auf die die etwaige condemnatio lauten werde. Darauf führt

1) D. h. (Gai. IV 104. 105): beim iudicium legitimum 1 ½ Jahre, beim iudicium imperio continens die Dauer der Amtsgewalt des betreffenden Prätors. In fr. 10 de stip. praet. (46. 5) ist statt der letztern Frist, die ursprünglich genannt war, das triennium, die Prozessfrist des spätern Rechts interpolirt (gegen Wetzell, a. a. O. S. 38 s. Schirmer, a. a. O. S. 52). Die Beschränkung der Clausel „si iudicatum erit“ auf jene Fristen verstand sich — da ja nach deren Ablauf das Urteil nichtig gewesen wäre — von selbst, kann aber gleichwohl ausgedrückt gewesen sein (fr. 2 I. S. braucht nicht notwendig hieher gezogen zu werden, vgl. schon Keller, Lit. Cont. u. Urt. S. 161). Für den Centumviralprozess galten übrigens die obigen Fristen ohne Zweifel nicht: vielleicht, dass hier in longum tempus cavirt wurde.

2) Vgl. auch fr. 8 pr. de stip. praet. (46. 5).

3) D. (46. 7). Prob. 5, 23: I. S. = iudic*atum* solui. Vgl. fr. 14 qui sat. cog. (2. 8): ex forma edicti.

4) Fr. 6 h. t., fr. 69 de V. S. (50. 16). Fr. 82 de V. O. (45. 1)? (pr.: iudicatum solui, § 1. 2: Voraussetzungen der condemnatio).

5) Fr. 10 qui sat. cog. (2. 8), fr. 85 de V. O. (45. 1). Die Beziehungen sind aber bei der Allgemeinheit des Inhalts der Stellen durchaus unsicher.

6) Fr. 39 de d. m. (4. 3): kann auch auf die cautio P. P. L. V. gehen.

7) Den Schein des Gegenteils erweckt Paul. 73 fr. 2 § 2 de stip. praet. (46. 3): hoc enim facere uerba stipulationis 'quanti ea res est. M. E. bezog sich diese Stelle bei Paulus auf die cautio P. P. L. V. Man beachte, dass die Caution, von der die Stelle handelt, einer actio in rem gegenüber geleistet ist. Die Unklarheit der Darstellung in der zweiten Hälfte der Stelle, wo m. E. Paulus die formula petitoria vergleichend herangezogen hatte, dürfte auf Rechnung der Compilatoren zu setzen sein.

schon der Name der Caution „iudicatum solui"; darauf führt aber ebenso die Natur der Sache. Eine Erwähnung der facultas restituendi war hier schon desshalb ausgeschlossen, weil die cautio I. S. sich ja nicht auf actiones in rem beschränkte, sondern bei zahllosen Aktionen stattfand, wo von einem iussus de restituendo keine Rede war[1]). Aber auch wo die Caution mit Bezug auf eine actio in rem geleistet würde, — bekanntlich war dies der Fall, wenn per formulam petitoriam prozessirt wurde, Gai. IV 91 —, war die Erwähnung der facultas restituendi nicht am Platze. Die facultas restituendi war ja schon in der formula petitoria selbst vorgesehen, und eine Clausel

> si ea res secundum me heredemue meum iudicata erit neque ea res arbitrio iudicis restituetur

war nicht bloss überflüssig, sondern hätte gar leicht das Missverständniss herbeiführen können, dass trotz bereits erfolgtem condemnatorischem Urteil der Verfall der Caution durch nachträglichen Gehorsam gegenüber dem iussus de restituendo abgewendet werden könne. Die Fassung der clausula de re iudicata muss hienach sehr einfach gedacht werden, dem Sinne nach (die Worte sind nicht überliefert): *quantam pecuniam iudicatus eris, tantam pecuniam dari*, vielleicht noch kürzer bloss: *iudicatum solui*[2]). Diese Einfachheit des Versprechensinhalts wird, und zwar wohl im Gegensatz zur cautio P. P. L. V., hervorgehoben in fr. 9 h. t.:

> Iudicatum solui stipulatio expeditam habet quantitatem: in tantum enim committitur, in quantum iudex pronuntiauerit.

Die zweite Clausel der Caution heisst in fr. 6 h. t. clausula de re defendenda, nicht ob rem non defensam; doch kommt in andern Stellen auch die letztere Bezeichnung vor[3]). Ich ziehe aus dieser Doppelbezeichnung den Schluss, dass in der zweiten Clausel ein Doppeltes versprochen wurde, nämlich erstens die Defension selbst — *eam rem boni uiri arbitratu*[4]) *defendi* —, und zweitens, für den Fall nicht erfolgender oder nicht erfolgter Defension, das Interesse — *quanti ea res erit, tantam pecuniam dari.* Auf letzteres Stück der Clausel könnte die Bemerkung des Africanus in fr. 15 h. t. gedeutet werden:

> Haec stipulatio „quamdiu[5]) res non defendatur", simul atque defendi coeperit aut defendi debere desierit, resoluitur.

Für die dritte Clausel — de dolo malo — ist uns die Originalfassung durch Venulei. lib. 9 stip. fr. 19 pr. h. t. authentisch überliefert:

> Nouissima clausula iudicatum solui stipulationis „dolum malum abesse afuturumque esse"[6]) et in futurum tempus permanens factum demonstrat.

1) Gai. IV 101. 102, fr. 8 § 3, 15 pr., 42 § 2, 46 pr. de proc. (3. 3).

2) Auf die Details der Fassung — Erwähnung der Erben, Bezeichnung der res q. d. a., Fall der Stellvertretung u. s. w. — einzugehen, wäre, da uns keinerlei Andeutung über die Formulirung überliefert ist, m. E. verlorene Mühe.

3) So namentlich in fr. 14, 15 pr., 35 § 3, 45 pr. de proc. (3. 3), sicher auf die cautio I. S. bezüglichen Stellen. Wenn es in mehrern dieser Stellen heisst „ob rem non defensam committitur stipulatio", so brauchte das freilich an sich nicht auf den Namen der Clausel gedeutet zu werden. Entscheidend ist aber m. E. fr. 15 pr. cit.: committitur .... ob rem non defensam stipulationis clausula.

4) Fr. 33 § 3, 45 pr., 77, 78 pr. de proc. (3. 3). Vgl. fr. 17, 18 h. t.

5) Quando? Mommsen.

6) Fr. 83 pr., 121 pr. de V. O. (45. 1), vgl. fr. 45 de h. p. (5. 3).

Diese Fassung liefert zugleich den sichern Beweis dafür, dass die stipulatio iudicatum solui nicht wie die cautio P. P. L. V. „una quantitate conclusa“ war, dass hier vielmehr die einzelnen Clauseln selbständige Versprechen enthielten. Natürlich konnte auch diese Clausel durch einen umschreibenden Zusatz — „si huic rei dolus malus non abest aberit, quanti ea res erit u. s. w.“ — ebenfalls in eine Interessestipulation umgewandelt werden[1]. Im Formular aber war dies nicht vorgesehen: Venuleius in fr. 19 § 1 h. t. erwähnt einen derartigen Zusatz zu unserer Clausel ausdrücklich als eine blosse Möglichkeit (si adiectum est).

Nach alledem erhält die Caution (indem ich von der Einfügung des in der Formulirung unerweislichen Details absehe) folgende, wie mir scheint, durchaus einleuchtende Fassung:

> . . . .[2] *iudicatum solui eamque rem boni uiri arbitratu defendi, quando ita non defendetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse spondesne? spondeo.*

Auf die zahlreichen abweichenden Reconstructionsversuche[3] einzugehen, scheint mir unerspriesslich: sie leiden durchweg an dem Fehler, dass Stellen, die sich auf die cautio P. P. L. V. beziehen, für die Reconstruction verwendet sind und dass in Folge dessen die durch den abweichenden Zweck der cautio I. S. gegebenen Anforderungen an die Formulirung (zumal der clausula de re iudicata) nicht zu ihrem Rechte kommen.

§ 283. *DE CONFERENDIS BONIS ET DOTIBUS.*

Ulp. 79[4].

Der Wortlaut dieser Caution lässt sich nicht, der Inhalt aber ziemlich genau feststellen.

Die Bedingung der Collationsstipulation war: *si tibi bonorum patris tui possessio data erit*[5]. Der Gegenstand des Versprechens war bei der collatio emancipati annähernd so bezeichnet: *quidquid moriente patre in bonis habuisti doloue malo fecisti quo minus haberes, id boni uiri arbitratu collaturum te*[6] *dolumque malum abesse afuturumque esse*[7]. Bei der collatio dotis ähnlich, etwa: *dotem tuam*[8] *boni uiri arbitratu*[9] *collaturam te* rel.

1) Vgl. auch Ulp. 78 fr. 69 de V. S. (50. 16).

2) Vorher etwa: *Qua de re ego tecum acturus sum, ob eam rem.* Fr. 13 § 1 h. t. Ob der Zeitraum, für welchen die Stipulation gelten sollte, in ihr ausdrücklich genannt war (Schmidt v. Ilmenau, Zschr. f. C. Rt. u. Pr. N. F. VIII S. 23 n. 14), wissen wir nicht. Vgl. oben S. 416.

3) S. namentlich Cuiac., obs. X 29 (opp. III c. 285), Brisson, de formul. V (Mogunt. 1649, p. 393), Wetzell, Vindicationsprozess S. 104, Schmidt (v. Ilmenau), Zschr. f. Civ. R. u. Pr. N. F. VIII S. 23 (= Schirmer, Judicialstipul. S. 47), Schlayer, ebendas. IX S. 39, Rudorff, E. P. § 295.

4) Fr. 5 de collat. bon. (37. 6).

5) Vgl. Paul. sent. V 9 § 4, Iulian. 23 fr. 3 pr. § 5 de collat. bon. (37. 6), Ulp. 40 fr. 1 pr. de dot. coll. (37. 7).

6) Vgl. bis hieher die Nachweise zu § 144 (S. 274 fg.).

7) Ulp. 79 fr. 5 § 3 de coll. bon. (37. 6).

8) Vgl. fr. 20 pr. fam. erc. (10. 2), fr. 1 § 7 de dot. coll. (37. 7).

9) Fr. 5 § 1 de dot. coll. (37. 7).

Auf quanti ea res est war die proponirte Stipulation anscheinend nicht gestellt[1]).

Ueber die in fr. 5 § 1 ut legat. (36. 3) erwähnte, m. E. im Edict **nicht** proponirte Caution der Brüder des Emancipirten vgl. oben § 144 a. E.

§ 284. SI CUI PLUS, QUAM PER LEGEM FALCIDIAM LICUERIT, LEGATUM ESSE DICETUR[2]).

Ulp. 79[3]), Paul. 75[4]).

Ulp. 79 fr. 1 pr. h. t.:

> Si cui plus quam licuerit legetur et dubitari iuste possit, utrum lex Falcidia locum habitura est nec ne, subuenit praetor heredi, ut ei legatarius satisdet, ut, si apparuerit eum amplius legatorum nomine cepisse quam e lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det dolusque malus ab eo afuturus sit.

Gibt diese Stelle den Zweck der Caution an, so können wir aus einer Reihe anderer Stellen[5]) auch ihren vollen Wortlaut ersehen:

> QUANTO AMPLIUS LEGATORUM[6]) NOMINE *EX TESTAMENTO LUCII TITII*[7]) CEPERIS[8]) QUAM PER LEGEM FALCIDIAM[9]) CAPERE LICUERIT, QUANTI EA RES ERIT[10]), TANTAM PECUNIAM REDDI DOLUMQUE MALUM ABESSE AFUTURUMQUE ESSE[11]) SPONDESNE? SPONDEO.

Rudorffs Fassung (E. P. § 303) leidet an dem Fehler, dass sie sich zu enge an das Referat in fr. 1 pr. h. t. anlehnt.

§ 285. EUICTA HEREDITATE LEGATA REDDI.

Ulp. 79[12]), Paul. 75[13]).

Alex. c. 9 de legat. (6. 37):

1) Arg. Ulp. 79 fr. 5 § 3 de coll. bon. (37. 6): v. „quanti ea res erit, in tantam pecuniam **condemnabitur**". A. M. Rudorff, E. P. § 302.

2) D. (35. 3). Cf. fr. 1 § 16, 32 § 2 ad l. Falc. (35. 2).

3) Fr. 1, 3 pr. — § 5 h. t., fr. 47 ad l. Falc. (35. 2), fr. 71 de V. S. (50. 16).

4) Fr. 2 h. t. Ob fr. 4 de stip. praet. (46. 5) hieher oder wohin sonst gehört, ist nicht zu bestimmen, auch ohne Interesse.

5) Vgl. zur Fassung des Formulars im Ganzen: Ulp. 79 fr. 1 § 7. 8. 11. h. t., Marcell. fr. 5 h. t., Paul. fr. 1 § 12. 16 ad l. Falc. (35. 2), fr. 8 § 4 qui sat. cog. (2. 8), fr. 9 § 5 de iur. et fact. ign. (22. 6), Pompon. fr. 31 ad l. Falc. (35. 2), Iulian. fr. 84 eod., fr. 28 [27] § 16 ad SC Treb. (36. 1), Antonin. c. 2 de usur. et fruct. legat. (6. 47). Die Ungenauigkeiten in mehrern dieser Stellen sind auf Abschreiberversehen (falsche Auflösung von Abkürzungen) zurückzuführen.

6) Ausdehnung auf Fideicommisse: Ulp. 79 fr. 1 § 5. 13 h. t. Auf mortis causa donationes: Ulp. 79 fr. 1 § 10 h. t.

7) Ulp. 79 fr. 1 § 1 h. t.

8) Ulp. 79 fr. 71 pr. de V. S. (50. 16). Das „his rebus recte praestari" in fr. 71 § 1 de V. S. gehört schwerlich unserer Caution an; vielleicht einer Gegencaution, die der Legatar bei der wirklichen Rückgabe iudicis officio verlangen konnte. Vgl. etwa fr. 19 de R. V. (6. 1).

9) Ulp. 79 fr. 1 § 4 h. t. Utilis, si amplius quam per alteram legem licuerit: fr. 1 § 14 h. t.

10) Ulp. 79 fr. 1 pr. h. t., Paul. 75 fr. 2 h. t. Das „etiamsi quanti ea res sit promisit" in fr. 2 cit. darf nicht etwa dahin gedeutet werden, dass im Album eine andere Fassung vorgesehen gewesen wäre (promisit = versprochen **hat**, nicht = versprochen haben sollte).

11) Ulp. 79 fr. 1 pr. i. f., fr. 3 pr. h. t.

12) Fr. 3 § 6—10 si cui plus (35. 3).

13) Fr. 4 eod.

. . . . praeses prouinciae secundum iurisdictionis formam solui legata iubebit, interposita cautione, si euicta fuerit hereditas, ea restituturum[1]) . . . . .

Procul. fr. 48 § 1 de legat. II:

. . . . . cauere debebunt, si hereditas euicta fuerit, quod legatorum nomine datum sit, redditu iri.

Maecian. fr. 8 si cui plus (35. 3):

. . . . cauenti „euicta hereditate restitu*tu* iri" . . . .

Gai. fr. 17 de h. p. (5. 3), Ulp. fr. 1 § 9 si quis omissa (29. 4):

„euicta hereditate legata reddi".

Ulp. 79 fr. 3 § 6 (cf. § 7) si cui plus (35. 3):

. . . . . uiri boni arbitrium, quod inest huic stipulationi.

Nach obigen Zeugnissen kann die Caution kaum viel anders gelautet haben, als sie im Wesentlichen gleichlautend von Rudorff[2]) und Dernburg[3]) reconstruirt wird, etwa:

Si euicta fuerit hereditas Lucii Titii, quod ex eius testamento legatorum nomine tibi datum erit[4]), *boni uiri arbitratu redditum iri spondesne? spondeo.*

Die Caution wurde übrigens vom Prätor nur causa cognita angeordnet, und dies war in besonderm Edict ausgesprochen, das wir uns vermutlich[5]) vor der Caution proponirt zu denken haben, Paul. 75 fr. 4 pr. si cui plus (35. 3):

Haec autem satisdatio locum habet, „SI IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR" . . . . eam rem praetor ad cognitionem suam reuocat.

§ 286. USUFRUCTUARIUS QUEMADMODUM CAUEAT[6]).

Ulp. 79[7]), Paul. 75[8]).

Ulp. 79 fr. 1 pr. h. t.:

Si cuius rei usus fructus legatus sit, aequissimum praetori uisum est[9]) de utroque legatarium cauere: et usurum se boni uiri arbitratu et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit.

Die im Wesentlichen sicher nachweisbare Fassung der Stipulation stimmt fast wörtlich mit obigem Referat überein:

CUIUS REI USUS FRUCTUS[10]) *TESTAMENTO LUCII TITII TIBI* LEGATUS[11]) *EST, EA RE* BONI UIRI ARBITRATU USURUM FRUITURUM TE[12]) ET, CUM USUS FRUCTUS AD TE

1) Restitutu iri? restituiri? Vgl. fr. 8 si cui plus (35. 3), Cuiac. opp. IX c. 812.

2) E. P. § 304.

3) Verhältniss der h. p. zu den erbsch. Sing. kl. (1852) S. 108.

4) Rudorff und Dernburg haben „sit".

5) Möglich wäre übrigens auch, dass das Edict schon unter dem Titel de legatis proponirt war und dass Paul. l. c. nur daran erinnern wollte.

6) D. (7. 9).

7) Fr. 1, 3, 5, 7 h. t., fr. 10 de usuf. ear. rer. (7. 5).

8) Fr. 2, 6, 8 h. t.

9) Das hiehergehörige Edict steht unter dem Titel de legatis (§ 171).

10) Usus (im Edict, s. § 171, vorgesehen): Ulp. 79 fr. 5 § 1 h. t. Fructus sine usu, habitatio, operae, uindemia, messis: Ulp. 79 fr. 5 § 2. 3 h. t., Paul. 75 fr. 6 eod.

11) Ausdehnung auf fideicommissarisch hinterlassenen und sonst bestellten Niessbrauch: Ulp. 79 fr. 1 § 2 h. t., c. 4 de usuf. (3. 33).

12) Fr. 12 h. t., fr. 13 pr. de usuf. (7. 1); Ulp. 79 fr. 1 § 3—6 h. t.

PERTINERE DESINET[1]), ID QUOD INDE EXTABIT RESTITUTUM IRI[2]) DOLUMQUE MALUM ABESSE AFUTURUMQUE ESSE[3]) SPONDESNE? SPONDEO.

§ 287. UT LEGATORUM SERUANDORUM CAUSA CAUEATUR[4]).

Ulp. 79[5]), Paul. 75[6]), Gai. 27[7]).

Ulp. 79 fr. 1 pr. h. t.:

> Legatorum nomine satisdari oportere praetor putauit, ut, quibus testator dari fieriue uoluit, his diebus detur uel fiat dolumque malum afuturum stipulentur.

Nach den Quellen ist folgende Fassung, die sich der des Cujaz[8]) annähert, höchst wahrscheinlich, in den Hauptpunkten sogar sicher:

> *Quidquid mihi*[9]) *herediue meo*[10]) *legatorum nomine ex testamento Lucii Titii dari fieri*[11]) *oportet*[12]) *oportebit*[13]), *id, quibus diebus Lucius Titius dari fieri uoluit, his diebus dari fieri*[14]) *dolumque malum abesse afuturumque*[15]) *esse spondesne? spondeo.*

Dem procurator[16]) wird sub exceptione procuratoria „*si mandatum est*" cavirt[17]), dem procurator „eius, qui absens esse dicitur," nach der von Ulpian gebilligten Ansicht des Ofilius[18]) mit der speziellen Bedingung „*si is, cuius nomine caueat, uiuat*[19])", dem Gewalthaber des Legatars unter der Bedingung „si, cum eius legati dies cedit, in potestate sit[20])".

1) Ulp. 79 fr. 3 pr. — § 3 h. t., Paul. 75 fr. 8 eod., Venul. fr. 4 eod. Ulp. 79 fr. 7 § 1 h. t.: Cum usus fructus pecuniae legatus esset, exprimi debent hi duo casus in stipulatione „cum morieris aut capite minueris, dari". Vgl. Gai. fr. 7 de usuf. ear. rer. (7. 5), Iulian. fr. 6 pr. eod., Paul. fr. 9 eod., Ulp. fr. 10 eod. Die hier erwähnte Caution war durch das bekannte Senatusconsult angeordnet — fr. 24 pr. de usu et usuf. (33. 2) —, aber nicht im Album proponirt. Letzteres geht sowohl aus dem „exprimi debent" in fr. 7 § 1 h. t. hervor, wie auch aus der bei Gai. fr. 7 de usuf. ear. rer. frei gelassenen Wahl: cautio desideranda est, ut .... res restituatur, aut .... certae pecuniae nomine cauendum est, quod et commodius est. Irrig Rudorff, E. P. § 301.

2) Ulp. 79 fr. 1 § 7, fr. 3 § 4 h. t. (quia neque .... restitui potest).

3) Ulp. 79 fr. 5 pr. h. t. Rudorff, E. P. § 300, hat offenbar unrichtig „huic stipulationi abesse". Es könnte höchstens heissen „huic rei abesse".

4) D. (36. 3).

5) Fr. 1, 3, 14 h. t., fr. 2 ut in poss. (36. 4), fr. 86 de V. O. (45. 1) cf. Paul. 75 fr. 2 de legat. II und Ulp. fr. 29 pr. de V. O. (45. 1), fr. 3 de stip. praet. (46. 5) cf. fr. 1 § 4 h. t.

6) Fr. 15 h. t., fr. 2 de legat. II; fr. 13 qui satisd. cog. (2. 8)? fr. 87 de V. O. (45. 1)? Fr. 13 cit. denke ich mir als gelegentliche Bemerkung, vgl. etwa fr. 8 § 1 de stip. praet. (46. 5). Wegen fr. 87 de V. O. (45. 1) vgl. den Schluss des §.

7) Fr. 16 h. t.

8) Opp. IV c. 707. Anders, m. E. nicht in Uebereinstimmung mit den Quellen, Rudorff, E. P. § 298.

9) Successoribus legatariorum satisdari debere: Ulp. 79 fr. 1 § 3 h. t.

10) Vgl. n. 19.

11) Ulp. 79 fr. 1 pr. h. t., Pompon. fr. 10 eod.: in rem concepta stipulatio. „Pro portione tua" als selbstverständlich nicht ausgedrückt: fr. 1 § 19 h. t.

12) Pompon. fr. 10 h. t. vgl. fr. 8, 9, 15 pr. h. t.

13) Ulp. 79 fr. 1 § 13 h. t., Papin. fr. 5 pr. eod.

14) Ulp. 79 fr. 1 pr. h. t., vgl. fr. 8, 9 h. t.

15) Ulp. 79 fr. 1 pr. h. t.

16) Ulp. 79 fr. 1 § 4 h. t.

17) Fr. 39 § 3 de damno inf. (39. 2).

18) Ulp. 79 fr. 1 § 15 h. t.

19) Nämlich „si uiuat eo tempore, quo cautio exigitur". Es ist an den Satz morte soluitur mandatum zu denken. Die Bedingung wäre überflüssig, wenn die Caution einfach auf „quidquid Gaio Seio dari fieri oportet" gestellt wäre, — denn ist Gaius Seius todt, so ist Niemand mehr ihm etwas schuldig. Darum habe ich oben hinter dem mihi die Worte „herediue meo" eingeschoben.

20) Ulp. 79 fr. 1 § 20 h. t.

Auf „quanti ea res erit, tantam pecuniam", was Cujaz beifügt, ging die Caution nicht[1]); doch wurde, wo die Summe des Legats unbestimmt war, üblicher Weise eine Taxation beigefügt[2]).

Ob man die obige Fassung unverändert auch auf Fideicommisse[3]) anwendete, aus denen ein oportere im technischen Sinne nicht erwuchs, steht dahin, dessgleichen, ob nicht auch beim legatum per uindicationem[4]) eine veränderte Formulirung eintrat[5]). Vielleicht gehört hieher Paul. 75 fr. 87 de V. O. (45. 1):

> Nemo rem suam futuram in eum casum, quo sua fit, utiliter stipulatur.

§ 288. REM PUPILLI UEL ADULESCENTIS SALUAM FORE[6]).

Ulp. 79[7]), Paul. 76[8]), Gai. 27[9]).

Die Hauptbestandteile der cautio rem pupilli saluam fore lassen sich mit völliger Sicherheit nachweisen. Die Caution enthielt zunächst zweifellos die Worte, die ihr den Namen gaben: *rem meam saluam fore,* beziehungsweise, wenn statt des Mündels ein Sklave desselben[10]), ein seruus publicus[11]), ein Mitvormund[12]), ein Municipalmagistrat[13]) als Stipulant auftrat, die Worte: *rem Lucii Titii saluam fore.* Ferner aber reproducirte die Caution die demonstratio[14]) und intentio[15]) der actio tutelae, bezw. protutelae oder negotiorum gestorum, und die Art und Weise der Verbindung dieser verschiedenen Bestandteile erfahren wir aus fr. 11 h. t.:

> Cum rem saluam fore pupillo cauetur, committitur stipulatio, si, quod ex tutela dari fieri oportet, non praestetur: nam etsi salua ei res sit, ob id non est, quia quod ex tutela dari fieri oportet, non soluitur.

Ob id non est, *scil.* ob id quod ex tutela dari fieri oportet. Hienach dürfte die Stipulation des Pupillen etwa so gelautet haben:

> *Quidquid, quod tu tutelam meam gesseris, te mihi dare facere oportebit ex fide bona, ob id rem meam saluam fore spondesne? spondeo.*

Ob die clausula doli hinzutrat, wissen wir nicht; vielleicht hielt man sie wegen des „ex fide bona" für überflüssig.

Längst verlassen sind die classischen Formen in den gesta curiae Reatinae bei Spangenberg, tab. negot. p. 137. 138.

1) Arg. Ulp. 79 fr. 1 § 16 h. t.
2) Ulp. fr. 6 pr. h. t.
3) Ulp. 79 fr. 14 pr. h. t.: haec stipulatio et in fideicommissis locum habet. Im Edict selbst waren die Fideicommisse sehr wahrscheinlich nicht genannt, vgl. § 172 a. E.
4) Ulp. 79 fr. 1 § 17 h. t.
5) Unbedingt geboten war eine solche nicht: konnte man doch schon nach classischem Recht aus Vindicationslegat nach Wahl auch in personam klagen: fr. 33, 84 § ult., 85 de legat. I.
6) D. (46. 6).
7) Fr. 2, 4 h. t.
8) Fr. 5 h. t.
9) Fr. 6 h. t.
10) Fr. 2, 6 h. t. Vgl. auch fr. 5 h. t.
11) Fr. 2 h. t.
12) Fr. 38 § 20 de V. O. (45. 1).
13) Fr. 1 § 15 de mag. conuen. (27. 8).
14) Ulp. 79 fr. 4 § 3. 4. 7 h. t.
15) Fr. 11 h. t. und namentlich fr. 9 pr. de nouat. (46. 2).

§ 289. RATAM REM HABERI[1]).

Ulp. 80[2]), Paul. 76[3]), Iulian. 56[4]).

Durch Combination der verschiedenen Zeugnisse ergibt sich, im Wesentlichen sicher, folgender Wortlaut unserer Caution:

> *QUO NOMINE MECUM ACTURUS ES*[5]), EO NOMINE[6]) AMPLIUS NON ESSE PETITURUM EUM, CUIUS DE EA RE ACTIO PETITIO PERSECUTIO *EST ERIT*[7]), RATAMQUE REM HABITURUM[8]) ESSE LUCIUM TITIUM HEREDEMUE EIUS EUMUE AD QUEM EA RES PERTINEBIT[9]) DOLUMQUE MALUM HUIC REI ABESSE AFUTURUMQUE ESSE[10]), *QUOD SI ITA FACTUM NON ERIT SIUE QUID ADUERSUS EA FACTUM ERIT*[11])[12]), QUANTI EA RES ERIT[13]), TANTAM PECUNIAM DARI SPONDESNE? SPONDEO.

Die ständige Verbindung der clausula de amplius non petendo mit der cautio de rato lässt sich nach Iulian. fr. 23 h. t. nicht bezweifeln[14]). Dass jene Clausel neben der gehörig ausgelegten clausula de rato hätte entbehrt werden können, ist m. E. keine Instanz gegen die Annahme dieser Verbindung. Allerdings aber ist andererseits gewiss, dass die beiden Clauseln auch getrennt vorkommen[15]); sieht man vom Fall der Prozessführung durch einen Procurator ab, so gibt es ja Fälle genug, wo je nach Lage der Sache nur die eine oder die andere am Platze ist[16]).

§ 290. *DE AUCTORITATE*[17]).

Ulp. 80[18]). 81[19]), Paul. 76[20]). 77[21]), Gai. 28[22]), Iulian. 57[23]). 58[24]).

Von der Evictionshaftung handeln, wie aus den Noten ersichtlich, Ulpian, Paulus und Julian in je zwei Büchern, und zwar wird bei Ulpian und Paulus keines dieser beiden Bücher von der Lehre ganz ausgefüllt, sondern es kommen neben derselben noch andere edictale Materien zur Erörterung; bei Julian ist, wie es scheint, lib. 57 ganz der Evictionshaftung gewidmet, lib. 58 dagegen ihr und andern Materien zusammen. Aus dieser Sachlage nun

1) D. (46. 8).
2) Fr. 10, 12 h. t., fr. 58 de solut. (46. 3), fr. 18 de exc. r. iud. (44. 2).
3) Fr. 13 h. t., fr. 73 de fideiuss. (46. 1).
4) Fr. 22 h. t.
5) Vgl. fr. 33 § 3 de proc. (3. 3).
6) C. 31 de transact. (2. 4).
7) Iulian. fr. 23 h. t., Paul. fr. 14, 15 h. t., Papin. fr. 2 ut legat. (36. 3), Ulp. fr. 27 § 14 ad l. Aquil. (9. 2), c. 31 de transact. (2. 4). Cic. Brutus c. 5 § 18, pro Roscio com. c. 12 § 35, ad famil. XIII, 28ª § 2.
8) Ulp. 80 fr. 12 § 1—3 h. t., Gai. IV 84. 98.
9) Ulp. fr. 33 § 3 de proc. (3. 3), Iulian. fr. 22 § 7, fr. 23 h. t., Pompon. fr. 18 h. t., Venul. fr. 8 § 2 h. t., Paul. fr. 70 de V. S. (50. 16), Modest. fr. 53 § 1 de O. et A. (44. 7). Ueber weitere Zusätze bei der actio iniuriarum (filium, nepotem) vgl. fr. 22 § 9. 10 h. t.
10) Iulian. 56 fr. 22 § 7 h. t.
11) Fr. 71, 137 § 7 de V. O. (45. 1).
12) Zweckmässiger Zusatz gegenüber dem Procurator eines Minderjährigen (fr. 3 pr. h. t.): *siue ille in integrum restitutus fuerit heresue eius aut is, ad quem ea res q. d. a. pertinebit.*
13) Fr. 2 § 2 de stip. praet. (46. 5), Paul. 76 fr. 13 pr. h. t.; cf. fr. 8 § 2 h. t.
14) Anders Rudorff, E. P. § 305.
15) Paul. fr. 14 h. t.
16) Hinsichtlich der cautio de rato vgl. z. B. fr. 10, 11 h. t., hinsichtlich der cautio de amplius non petendo etwa fr. 27 § 14 ad l. Aquil. (9. 2).
17) D. (21. 2) de euictionibus et duplae stipulatione. C. (8. 44 [45]) de euictionibus.
18) Fr. 28, 51 h. t., fr. 61 de aedil. ed. (21. 2).
19) Fr. 52 h. t. Fr. 73 de V. S. (50. 16) (fälschlich Ulp. 80 statt 81 inscribirt)? s. S. 430.
20) Fr. 9 h. t., fr. 72 de V. S. (50. 16).
21) Fr. 53 h. t.
22) Fr. 54 h. t., fr. 53 de C. E. (18. 1).
23) Fr. 39 h. t.
24) Fr. 40, 43 h. t.

dürfen wir den m. E. ganz sichern Schluss ziehen, dass das Edict an dieser Stelle nicht eines, sondern zwei die Evictionshaftung betreffende Rechtsmittel enthielt. Denn es ist in den Commentaren unerhört, dass die Erörterung eines und desselben Rechtsmittels in der Mitte des einen Buchs begonnen, dann abgebrochen und in einem Stück des nächsten Buchs fortgesetzt würde. Mit welchen zwei Rechtsmitteln haben wir es aber hier zu tun? Eines vor Allem nun ist gewiss: das Rechtsmittel, an das man zunächst denken möchte, die stipulatio duplae, gehört nicht hieher. Diese war zweifellos im Edict der Aedilen proponirt; eine nochmalige Proponirung im Edict des Prätors wäre gegen alle Wahrscheinlichkeit und würde zudem dem Bericht des Pomponius in fr. 5 pr. de V. O. (45. 1) widersprechen:

> duplae stipulatio uenit ab iudice aut ab aedilis edicto.

Auch begegnet uns in den erhaltenen Fragmenten zwar, wie wir unten sehen werden, einige Mal der Name der duplae stipulatio; aber, was bei einem zu Justinians Zeit noch praktischen Rechtsmittel sehr auffällig wäre, keine der bekannten Wendungen dieser Stipulation wird auch nur berührt, so dass die Annahme, jene Bezeichnung sei interpolirt, sehr nahe liegt. Umgekehrt gelten gerade die umfangreichsten der erhaltenen Untersuchungen nachweisbar nicht der duplae stipulatio. Ist nun der Gedanke an die duplae stipulatio zu verbannen, so bleiben uns nur zwei Rechtsmittel, die wir an diese Stelle des Edicts einschieben können: die Formel der s. g. actio auctoritatis[1]) und die satisdatio secundum mancipium. Von jener handeln Ulp. 80, Paul. 76, Gai. 28, Iulian. 57; von dieser Ulp. 81, Paul. 77, Iulian. 58. Das Erscheinen einer actio mitten unter den Stipulationsformularen darf nicht befremden: fanden wir doch auch die actio hypothecaria mitten unter den Interdictsformularen. Aller Wahrscheinlichkeit nach war die schon bei Cicero erwähnte satisdatio secundum mancipium[2]) schon geraume Zeit im Edict proponirt, als der Prätor die actio auctoritatis formulirte, die uns bei Cicero noch als legis actio begegnet[3]). Die erstere wird die letztere an ihren Ort attrahirt haben.

1.

Aus der Mancipation ging für den Mancipanten kraft Gesetzes die Verpflichtung hervor, dem Mancipatar gegenüber Evictionsversuchen eines Dritten gerichtlich Beistand zu leisten und ihm so zum Siege zu verhelfen, bei Vermeiden doppelten Ersatzes des gezahlten Kaufpreises[4]).

Paul. II 17 § 3:

> Res empta mancipatione et traditione perfecta si euincatur, auctoritatis uenditor duplo tenus obligatur.

Cf. § 1 eod.:

1) In Rudorffs E. P. fehlt diese actio ganz und gar.

2) Cic. ad Att. V 1 § 2.

3) Pro Caec. c. 19 § 54, pro Murena c. 12 § 26.

4) Die Lehre von der actio auctoritatis in aller Breite zu erörtern, ist hier nicht der Ort. Ich verweise auf die Darstellung Bechmanns (der Kauf, I S. 102—123), die ich in allen Hauptpunkten für überzeugend halte. Keiner Widerlegung bedarf m. E. der Versuch von Erich Danz (die auctoritas, 1876, S. 23 n. 22), die Existenz der s. g. actio auctoritatis zu bestreiten.

Venditor si eius rei, quam uendidit, dominus non sit, pretio accepto[1]) auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari.

Die actio, womit diese Haftung geltend gemacht wurde, pflegen wir h. z. T. actio auctoritatis zu nennen; wie die Römer sie nannten, wissen wir nicht. Ihre Condemnationsbedingungen müssen wir uns alternativ gefasst denken: denn die Haftung auf das Doppelte fand sowohl dann statt, wenn der Mancipant trotz Aufforderung des Käufers die Assistenz im Prozesse nicht leistete — dafür war der technische Ausdruck auctoritatem defugere[2]) —, als auch, wenn er zwar in den Prozess eintrat, trotzdem aber derselbe verloren ging[3]).

Von dieser actio nun finden wir in den oben citirten Büchern der Commentare ganz unverkennbare, wenn auch durch Interpolationen verdeckte Spuren.

Ich beginne mit derjenigen Stelle, wo die Interpolationen am handgreiflichsten vorliegen, Iulian. 57 fr. 39 h. t. Betrachten wir zunächst § 4 und 5 des Fragments:

> Qui statu liberum tradit, nisi dixerit eum statu liberum esse, euictionis nomine perpetuo obligatur. (§ 5) Qui seruum uenditum tradit et dicit usum fructum in eo Seii esse, cum ad Sempronium pertineat, Sempronio usum fructum petente perinde tenetur, ac si in tradendo dixisset usus fructus nomine aduersus Seium non teneri. et si re uera Seii usus fructus fuerit, legatus autem ita, ut, cum ad Seium pertinere desisset, Sempronii esset, Sempronio usum fructum petente tenebitur, Seio agente recte defugiet.

Ich denke, es wird nicht erst des Beweises bedürfen[4]), dass ursprünglich hier überall statt „tradere" stand: „mancipare", statt „euictionis nomine" geschrieben war: „auctoritatis nomine[5])", und dass am Schluss vor „defugiet" das Wort „auctoritatem" ausgefallen ist, kurz dass hier von der gesetzlichen Haftung des Mancipanten die Rede war. Erwägt man dies, so wird man nicht zweifeln können, dass eben dieselbe Haftung auch in § 2 und 3 des Fragments in Frage steht und dass es daher in § 2 bei Julian statt „acceperas" und „tradiderat" hiess: mancipio acceperas und mancipio dederat. Eine ganz besonders interessante Interpolation anderer Art findet sich aber weiter im pr. der Stelle:

> Minor uiginti quinque annis fundum uendidit Titio, eum Titius Seio: minor se in ea uenditione circumscriptum dicit et inpetrat cognitionem non tantum aduersus Titium, sed etiam aduersus Seium: Seius postulabat apud praetorem utilem sibi de euictione stipulationem in Titium dari: ego dandam putabam . . . . nam si ei fundus praetoria cognitione ablatus fuerit, aequum erit per eundem praetorem et euictionem restitui.

1) Vgl. fr. 11 § 2 de A. E. V. (19. 1).

2) Vgl. Plaut. Poen. I 1, 19, Terent. Eunuch. II 3 i. f., Cic. pro Sulla c. 11 § 33. Fr. 85 § 5, 139 de V. O. (45. 1). In fr. 139 cit. ist die Erwähnung der duplae stipulatio interpolirt; die Anfangsworte „cum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus" hat der Jurist gewiss nicht so geschrieben.

3) Dafür könnte der technische Ausdruck „auctoritatis nomine uictum esse" gewesen sein. Vgl. fr. 62 § 1 h. t.: recteque cum ceteris agam, quod euictionis (*scr.* auctoritatis) nomine uicti sint.

4) Vgl. auch Bechmann, a. a. O. S. 244.

5) Vgl. fr. 69 § 1—4 h. t., wo die gleichen Interpolationen wiederkehren.

Utilem sibi de euictione stipulationem in Titium dari! euictionem restitui! Es liegt zu Tage, dass Julian schrieb: „utilem actionem dari“ und „auctoritatem restitui“. Was die Compilatoren an dessen Stelle gesetzt haben, ist der bare Unsinn. Als utilis aber will Julian die auctoritatis actio erteilt wissen, entweder desshalb, weil die auctoritas durch Ablauf der Usucapionsfrist erloschen war — derselbe Grund, aus dem auch in fr. 66 § 1 h. t. diese actio als utilis erteilt wird —, oder desshalb, weil die mancipirte Sache im concreten Fall nicht iure ciuili abgestritten war, d. h. nicht gerade das Recht abgestritten war, das durch die Mancipation garantirt war[1]). Sonach bleibt von dem ganzen fr. 39 nur ein Absatz — § 1 — übrig, bei dem man zur Annahme von Interpolationen nicht geradezu gezwungen ist. Dem gegenwärtigen Wortlaut nach ist hier von der stipulatio duplae die Rede, und es ist ja nicht unmöglich, dass Julian diese letztere gelegentlich der auctoritatis actio einmal nebenbei berührt hat. Bedenkt man aber die Stellung der Bemerkung zwischen lauter interpolirten Entscheidungen, so wird es sehr viel wahrscheinlicher, dass auch hier die Hand der Compilatoren eingegriffen und die ursprünglich erörterte auctoritas durch die stipulatio ersetzt hat[2]).

Bei Ulp. 80 ist in fr. 51 § 2 h. t. die „actio de euictione“ deutlich für die auctoritatis actio interpolirt. Diese auch sonst[3]) zu beobachtende Interpolation ist in fr. 76 h. t. von der Hand der Compilatoren urkundlich belegt, wo es heisst:

> amitti auctoritatem, id est actionem pro euictione, placet.

Ueberaus auffallend ist ferner § 1 derselben Stelle:

> Si Titius Stichum seruum post mortem suam liberum esse iussum uendiderit, mortuo deinde eo Stichus ad libertatem peruenerit, an stipulatio de euictione interposita teneat? et ait Iulianus committi stipulationem: quamuis enim Titius hoc casu denuntiari pro euictione non potuisset, heredi tamen eius denuntiari potuisset.

Welch merkwürdige Rolle spielt hier die Denuntiation! Wir wären geneigt zu schliessen: die Erben haften de euictione und also ist ihnen zu denuntiiren. Julian dagegen schliesst: die Erben haften, denn es hätte ihnen denuntiirt werden können. M. E. kann dies nur daraus erklärt werden, dass Ulpian von der auctoritas handelte, die Denuntiation aber ein gesetzliches Erforderniss der Auctoritätshaftung war, dessen Voraussetzungen da sein mussten, wenn von letzterer die Rede sein sollte. Dass dem wirklich so war, halte ich für zweifellos. Die auctoritas ist in erster Linie nicht Einstehen auf Ersatz im Fall des Unterliegens, sondern Einstehen für Sieg im Prozesse. Die Erfüllung dieser Pflicht muss der von einem Dritten belangte Käufer seinem auctor durch „denuntiatio, ut causae agendae adesset[4]),“ ermöglichen, bei Ver-

1) Vgl. fr. 35 de A. E. V. (19. 1).

2) Der Fall der Stelle lautet: Si seruus tuus emerit hominem et eundem uendiderit Titio eiusque nomine duplam promiserit et tu a uenditore serui stipulatus fueris. Ich vermute, dass bei Julian die unterstrichenen Worte fehlten und statt dessen gesagt oder vorausgesetzt war, der Sklave habe den homo emptus mancipirt bekommen.

3) Vgl. fr. 9, 72 h. t. Wegen ersterer Stelle s. unten S. 427. In letzterer Stelle hiess es gewiss ursprünglich nicht „euictionis actio in singula capita mancipiorum spectatur“, sondern: auctoritas .... spectatur.

4) Vgl. fr. 29 § 2 h. t. Diese Stelle ging ursprünglich auf die auctoritas; denn in der stipulatio duplae ist von der denuntiatio überhaupt keine Rede.

meiden des Untergangs der auctoritas, und m. E. sind die bekannten Formalworte der „actio in auctorem praesentem“

QUANDO IN IURE TE CONSPICIO, POSTULO ANNE FUAS AUCTOR,

die uns Cicero und Probus überliefern[1]), nichts anderes als die gerichtliche Form dieser denuntiatio, wie der Legisactionsprozess sie bei Erscheinen des auctor forderte[2]). Ulpian-Julian motiviren nun aber die Haftung der Erben gar nicht etwa damit, dass den Erben denuntiirt werden könne, sondern damit, dass ihnen hätte denuntiirt werden können (potuisset): liegt hier nicht ein Abschreiberversehen vor, so führt diese Ausdrucksweise auf die Vermutung, dass die actio auctoritatis des classischen Rechts nicht mehr auf jene formelle Denuntiation, wohl aber auf die Fiction derselben gebaut war, neben welcher Fiction das Erforderniss einer wirklichen, aber formlosen Denuntiation nebenherlaufen konnte. Ich halte diese Vermutung, die sich auf ein einziges, vielleicht verschriebenes, Wort stützt, selbstverständlich für überaus unsicher. Aber mag sie richtig sein oder nicht, mag Ulpian „potuisset“ oder posse geschrieben haben, — unter allen Umständen ist die Schlussfolgerung Julians von der Möglichkeit der Denuntiation auf die Evictionshaftung mit dem, was wir von dem Wortlaut (s. unten S. 445 fgg.) und dem Rechte der stipulatio duplae wissen, durchaus unvereinbar: denn die Haftung des promissor duplae war nicht einmal dadurch bedingt, dass der Käufer es zum Prozesse mit dem Dritten kommen liess[3]), geschweige denn durch eine Denuntiation.

Während in dem Rest des fr. 51 h. t. nur das bemerkenswert ist, dass hier nirgends auch nur andeutungsweise die Haftung auf eine Stipulation zurückgeführt wird, zeigt Paul. 76 fr. 9 de euict. (21. 2) wieder ganz deutlich die ursprüngliche Beziehung auf die actio auctoritatis:

> Si uendideris seruum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, Sabinus ait amissam actionem pro euictione, quoniam seruus non potest euinci: sed in ex empto actione decurrendum est.

„Amissam actionem pro euictione“ für „duplae stipulationem euanescere“ wäre doch mehr als auffallend: es hiess ursprünglich — arg. fr. 76 h. t. — „amissam auctoritatem“.

Die im Bisherigen nicht bereits betrachteten Fragmente[4]) der angeführten Bücher der Commentare enthalten kein weiteres Beweismaterial: hervorgehoben

1) Cic. pro Caec. c. 19 § 54, pro Mur. c. 12 § 26, Prob. 4, 7.

2) Ueber den Sinn des postulo anne fuas auctor („ich stelle das Ansinnen an dich, ob du meinen auctor machen willst“) vgl. Bechmann, a. a. O. S. 112, auch Girard, nouv. rev. hist. VI (1882) p. 184 sq. Die Affectation der Zufälligkeit in dem „quando in iure te conspicio“ erkläre ich mir folgender Massen. Der in ius vocirte Besitzer hatte ohne Connivenz des Klägers keine Möglichkeit, dem auctor sofort zu denuntiiren, wenn er ihn nicht zufällig sah. Er sollte aber keinen Augenblick in der Erfüllung der Denuntiationspflicht verlieren. Da liegt es denn ganz in der vorsichtigen Weise des alten Rechts, dass es den ja im Rom der zwölf Tafeln gewiss nicht seltenen Fall der zufälligen Gegenwart des auctor auf dem forum vorsah und für diesen Fall sofortige Denuntiation vorschrieb. Diese vor Gericht erfolgende Aufforderung bot nun aber eine praktisch sehr bequeme Handhabe zur Einleitung des weitern Verfahrens, und so erklärt sich, dass man sie, bei der der Gesetzgeber nur an die zufällige praesentia auctoris gedacht hatte, in allen Fällen des Erscheinens des auctor zu einem ständigen Stück der legis actio erhob.

3) Fr. 11 § 12 de A. E. V. (19. 1).

4) Ulp. 80 fr. 28 h. t., fr. 61 de aedil. ed. (21. 1), Paul. 76 fr. 72 de V. S. (50. 16), Gai. 28 fr. 54 h. t., fr. 53 de C. E. (18. 1).

sei nur so viel, dass sie sich sämmtlich ohne alle Schwierigkeit als Bestandteil einer Erörterung über die actio auctoritatis denken lassen[1]) und dass in ihnen, wie in den andern angeführten Stellen, so weit der Kaufgegenstand genannt ist, derselbe eine res mancipi (Grundstücke oder Sklaven) ist.

Nach alledem scheint mir die Behauptung, dass an dieser Stelle des Edicts die Formel der actio auctoritatis stand, hinreichend gerechtfertigt, um so mehr, als es sonst geradezu unbegreiflich wäre, dass sich von diesem wichtigen Rechtsmittel in den Edictcommentaren nirgends als just hier auch nur die geringste Spur vorfindet.

Auf den Versuch, die Formel unserer actio zu reconstruiren, ist natürlich zu verzichten. Sie ging, wie bemerkt, auf das Doppelte des Kaufpreises und zwar nicht etwa bloss aduersus infitiantem, sondern schlechtweg[2]). War bei zugesagter Servitutfreiheit eine Servitut abgestritten worden, so trat an Stelle des Kaufpreises das quanti minoris emisset[3]), ohne dass gesagt werden kann, ob und wie dies in der Formel hervortrat. Auf Eviction eines blossen Teils der Sache scheint die Formel — anders als die stipulatio duplae — keine ausdrückliche Rücksicht genommen zu haben, arg. Paul. 76 fr. 72 de V. S. (50. 16):

Appellatione rei pars etiam continetur.

2.

Die satisdatio secundum mancipium[4]) war, ihrem Namen nach zu urteilen, eine Caution, die den Inhalt der gesetzlichen Haftung des Mancipanten in sich aufnahm. Eine solche Caution erfüllte zunächst jedenfalls den formellen Zweck, die Möglichkeit des Eintretens von Sponsoren und Fidepromissoren zu bieten, wofür das Vorhandensein einer uerborum obligatio bekanntlich Voraussetzung war[5]). Ob die Caution darüber hinaus auch materiell eine Veränderung der Voraussetzungen der gesetzlichen Haftung bedeutete, lässt sich nicht mit Bestimmtheit sagen. Sehr weit geht in dieser Richtung Bechmann: er glaubt, dass die satisdatio secundum mancipium auch ohne Mancipation habe vorkommen, dass sie diese letztere nach Seite der auctoritas habe ersetzen können. Das ist mir schon wegen des Namens der Caution nicht wahrscheinlich: satisdatio secundum mancipium bedeutet doch wohl eine Caution, die sich an eine geschehene Mancipation sei es inhaltlich sei es zeitlich anschliesst[6]). Andererseits besteht freilich auch kein zwingen-

1) Zu Ulp. 80 fr. 61 de aedil. ed. (21. 1) vgl. fr. 20 de A. R. D. (41. 1), fr. 126 de V. S. (50. 16), in welch letztern beiden Stellen die ursprüngliche Beziehung auf die Mancipation noch deutlich erkennbar ist. Zu Gai. 28 fr. 54 § 1 h. t. vgl. fr. 69 § 3 eod.; zu Gai. 28 fr. 53 de C. E. (18. 1) vgl. Paul. sent. II 17 § 1. 3.

2) Vgl. statt weiterer Literatur: Bechmann, a. a. O. S. 121 fgg. Für die Behauptung, dass unsere actio zu den Litiscrescenzklagen gehöre (Huschke), fehlt jedes Beweismittel.

3) Ulp. 80 fr. 61 de aedil. ed. (21. 1) s. oben n. 1.

4) Cic. ad Att. V 1 § 2, tab. Baetica (C. I. L. II p. 700 n. 5042) i. f., Not. Lindenbrog. S. S. M. = satis secundum mancipium. Aus der Literatur hervorzuheben: Degenkolb, Zschr. f. R. G. IX S. 153 fgg., Krüger, krit. Versuche S. 54 fgg., Rudorff, Zschr. f. R. G. XI S. 94 fgg., Bechmann, a. a. O. S. 367 fgg.

5) Gai. III 119. Bechmann, a. a. O. S. 369.

6) Von den Verkäufen ohne Mancipation hat m. E. die duplae stipulatio ihren Ausgangspunkt genommen. Cf. Varro, de R. R. II 10 § 5: in horum (seruorum) emptione solet ......, si mancipio non datur, dupla pro-

der Grund für die Annahme, dass die satisdatio in den von ihr statuirten Haftungsvoraussetzungen völlig mit der gesetzlichen auctoritas übereinstimmte; namentlich ist mir nicht unwahrscheinlich, dass die satisdatio die Haftung des auctor von der formellen Denuntiation des Legisactionenprozesses unabhängig machte, worin sie dann das Vorbild für die actio auctoritatis des Formularprozesses gewesen wäre. Wie dem nun auch sei, jedenfalls gab es für unsere satisdatio, gerade so wie für die stipulatio duplae, ein feststehendes Formular; dies erhellt zur Evidenz aus dem Schlusse der bätischen Fiduciartafel, wo es heisst:

> neue satis secundum mancipium daret, neue ut in ea uerba, quae in uerba satis secundum mancipium dari solet, repromitteret ....

Die übliche Formel der satisdatio erscheint hier als Vorbild der repromissio.

Dies Formular nun war m. E. im Album hinter der actio auctoritatis proponirt. Das lässt sich zwar nicht strict beweisen, wohl aber in hohem Grade wahrscheinlich machen. Wir haben gesehen, dass die actio auctoritatis bei Ulp. 80, Paul. 76, Iulian. 57 behandelt ist. Nun finden wir bei Ulp. 81, Paul. 77, Iulian. 58, also in dem jeweils folgenden Buche, zusammen vier Stellen, die ebenfalls die Gewährleistung wegen Eviction betreffen. Von diesen handelt in ihrem überlieferten Wortlaut die eine — Iulian. 58 fr. 40 h. t. — von einer satisdatio de euictione, eine zweite und dritte — Ulp. 81 fr. 52 h. t., Iulian. 58 fr. 43 h. t. — von der duplae stipulatio, die vierte — Paul. 77 fr. 53 h. t. — von einer nicht näher bezeichneten actio ex stipulatu. Diese Uebereinstimmung lässt darauf schliessen, dass hier im Edict wirklich eine Caution proponirt war, auf die sich sämmtliche vier Stellen bezogen, und, da der Gedanke an die duplae stipulatio aus den früher angegebenen Gründen ausgeschlossen ist, so drängt sich die Vermutung auf, es möchten die Compilatoren an Stelle der ursprünglich genannten satisdatio secundum mancipium in fr. 43 und 52 h. t. die duplae stipulatio interpolirt haben, zumal wenn man erwägt, dass in fr. 40 h. t. eine satisdatio wirklich vorkommt. Bestätigt wird diese Vermutung dadurch, dass wir in den sententiae des Paulus, die bekanntlich im Ganzen dem Edictsystem folgen, mitten unter den prätorischen Stipulationen (leider ohne den zugehörigen Text) der Rubrik de contrahenda auctoritate (V 10) begegnen, einer Rubrik, die auf die satisdatio secundum mancipium und gerade nur auf sie vortrefflich passen würde[1]).

Wie gesagt, ich finde in alledem noch keinen vollen Beweis dafür, dass wir es in jenen vier Stellen mit unserer satisdatio zu tun haben, immerhin aber Wahrscheinlichkeit genug, um, wenn gleich zweifelnd, dieselbe hieher zu setzen. Wäre die Beziehung der vier Stellen sicher, so würde man in ihnen Material dafür finden, dass die s. s. m. gleich der stipulatio duplae die Eviction nicht nur der Sache selbst und der ganzen Sache, sondern auch des blossen

mitti .... Dass diese Aeusserung nur auf eine stipulatio de euictione bezogen werden kann, betont mit Recht Bechmann a. a. O. S. 371, der aber zweifelt, ob dabei an die satisdatio secundum mancipium oder an die gewöhnliche stipulatio duplae zu denken sei. Letzteres ist bei dem Wortlaut der Stelle, wie mir scheint, das weit näher liegende. Die kritischen Bedenken Krügers (a. a. O. S. 55 n. 1) können uns m. E. nicht hindern, dem Verfasser der Stelle (möge das Varro selbst oder ein Späterer gewesen sein), der sich im Uebrigen wohl unterrichtet zeigt, auch in obiger Angabe Glauben zu schenken.

1) Vgl. fr. Vat. 10: stipulationem auctoritatis.

Niessbrauchs und eines blossen Teils vorsah — fr. 43, fr. 53 pr. h. t. — und dass die geschehene Denuntiation hier kein unbedingtes Erforderniss der Haftung des auctor war, vielmehr nichts weiter vorausgesetzt wurde, als dass die Sache sine dolo malo emptoris evincirt worden — arg. fr. 53 § 1 h. t.

Noch ist einem Einwand zu begegnen. Das Album enthält im Uebrigen nur solche Cautionen, die in irgend einer Beziehung zur iurisdictio praetoris stehen: wie kommt unter diese Cautionen die s. s. m., deren Ableistung in classischer Zeit auf freier Vereinbarung der Parteien beruhte[1])? Ich kann diesen Einwand nicht als sehr schwerwiegend ansehen. Wenn es, wie wahrscheinlich[2]), eine Zeit gab, wo die s. s. m. das einzige Mittel war, die Auctoritätshaftung aus dem Legisactionsprozess in den Formularprozess hinüberzuleiten, so begreift sich schon hieraus ihre Aufnahme in das Album. Ueberdies aber wissen wir nicht, ob der Rechtszustand, über den Ulpian und Paulus (s. n. 1) berichten, schon von Alters her existirte. Nach des Paulus Bericht sträubte sich das Laienbewusstsein seiner Zeit gegen die von ihm betonte Freiwilligkeit der Satisdation, und auch Ulpian ist weit entfernt, den von ihm vorgetragenen Rechtssatz für einen von jeher unbestritten geltenden auszugeben („et est relatum non debere"); endlich zeigt der bekannte Bericht Varro's de L. L. VI, 74[3]) zum allermindesten dies, dass jene Laienmeinung schon Jahrhunderte vor Paulus vorhanden war. Der Gedanke an einen von dem classischen abweichenden ältern Rechtszustand liegt daher sehr nahe.

Vermutungen über die Fassung der s. s. m. wären müssige Arbeit. Bei Ulp. 80 fr. 73 de V. S. (50. 16) finden wir die Bemerkung:

> Haec uerba in stipulatione posita „eam rem recte restitui" fructus continent: „recte" enim uerbum pro uiri boni arbitrio est.

Die Unterbringung dieser Worte hat Schwierigkeiten. Sie passen in keine der bei Ulp 80 oder 81 — die Inscription 80 könnte fälschlich statt 81 stehen — behandelten Cautionen[4]). Ich vermute, dass sie in der Tat in keiner proponirten Caution vorkamen, dass vielmehr Ulpian nur die Gelegenheit einer dieser Cautionen ergriff, um hier nebenbei den Sinn einer auf restitui gerichteten Clausel zu erörtern. Dabei kann denn auch an die s. s. m. gedacht werden: es mag vorgekommen sein, dass die Parteien die gesetzliche Auctoritätshaftung in der Weise modificirten, dass sie ein „aut eam rem recte restitui" alternativ hinzufügten; oder auch ohne dies mag Ulpian Veranlassung genommen haben, den Gegensatz der gesetzlichen Haftung auf Restitution des doppelten Preises zu einer auf „rem restitui" gerichteten Stipulation auszuführen.

1) Ulp. fr. 4 pr. h. t. Vgl. auch Paul. fr. 56 pr. eod., Ulp. fr. 37 pr. eod., wo jedoch von der stipulatio duplae die Rede ist.

2) Vgl. oben S. 424.

3) Consuetudo erat, quom reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret: a quo caueri postea lege coeptum est ab his, qui praedia uenderent, uades ne darent. ab eo scribi coeptum in lege mancipiorum: „uadem ne poscerent, nec dabitur". Ohne Zweifel sind diese uades die Vorläufer der satisdatio secundum mancipium. Wenn man es notwendig fand, gegen die Pflicht, sie zu stellen, ausdrücklich zu protestiren, so zeigt dies, dass ihre Stellung wenn nicht durch das Recht, so doch jedenfalls durch die allgemeine Sitte geboten war. Vgl. die vorsichtigen Bemerkungen Degenkolbs, Zschr. f. R. G. IX S. 155.

4) Auch nicht zur s. s. m., trotzdem arg. fr. 67 de euict. (21. 2) anzunehmen ist, dass der Käufer die ihm (ante litem contestatam) vom auctor angebotene Naturalrestitution nicht zurückweisen durfte, s. auch Bekker, Jahrb. d. gem. Rts. VI S. 311.

§ 291. EX OPERIS NOUI NUNTIATIONE[1]).

Ulp. 81[2]).

Die cautio ex o. n. n. lautete m. E. annähernd folgender Massen:

Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis noui fieret[3]), *quod in eo loco intra annum ex quo nuntiatum est*[4]) *a te heredeue tuo*[5]) OPUS *NOUUM* FACTUM[6]) ERIT, *ID*, SI *EA RES SECUNDUM ME* IUDICATA *ERIT*[7]) *SIUE EA* RES *BONI UIRI ARBITRATU* NON DEFENDETUR[8]), RESTITUI BONI UIRI ARBITRATU[9]), *AUT, SI HOC MIHI PLACUERIT*, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI[10]) DOLUMQUE MALUM HUIC REI ABESSE AFUTURUMQUE ESSE[11]) SPONDESNE? SPONDEO.

Die Literatur über die cautio ex o. n. n. ist in den letzten Jahrzehnten derart angeschwollen[12]), dass ich an diesem Orte nicht daran denken kann, die verschiedenen Ansichten einzeln zu erörtern. Ich muss mich damit begnügen, meine eigene Auffassung in Kürze darzulegen.

Die cautio ex o. n. n. ist, wie die cautio pro praede litis uindiciarum und iudicatum solui, eine zur Sicherung des Ergebnisses eines künftigen Judiciums bestimmte Caution[13]), — des Judiciums nämlich, in welchem über das vom Nuntianten in Anspruch genommene ius prohibendi entschieden wird. Die cautio ex o. n. n. stimmt aber weder mit der cautio P. P. L. V. noch mit der cautio I. S. völlig überein, und zwar aus folgendem Grunde nicht. Der Nuntiant, der in Folge der geleisteten Caution den Bau vorläufig gestatten muss, kann ein sehr grosses Interesse daran haben, dass nach seinem endlichen Siege nicht der vorige Zustand wiederhergestellt, ihm vielmehr statt dessen sein Interesse geleistet werde. Wie oft wird der Nuntiant, dem der

1) D. (39. 1). Zum Namen der Caution vgl. fr. 13 § 1 h. t., fr. 4 § 2 de V. O. (45. 1), fr. 1 § 1 de stip. praet. (46. 5).

2) Fr. 21 h. t. Die Stelle ist Ulp. 80 inscribirt, m. E. fälschlich statt 81: denn wäre die Inscription 80 richtig, so wären wir genötigt, die satisdatio secundum mancipium (Ulp. 81, Paul. 77) zwischen die stipulatio ex o. n. n. (Ulp. 80) und die de damno infecto (Ulp. 81, Paul. 78) zu setzen, was doch kaum denkbar ist. Rudorff (§ 308 n. 6) zieht freilich auch Ulp. 80 fr. 73 de V. S. (50. 16) hieher: das ist aber nach dem Inhalt der Stelle in hohem Grade unwahrscheinlich (s. § 290 a. E.).

3) Vgl. fr. 20 pr. § 9 h. t.

4) Fr. 13 § 1, 20 § 14 h. t., cf. c. 14 de aedif. priu. (8. 10).

5) Fr. 8 § 7 h. t. Vgl. Burckhard, die O. N. N. (Forts. v. Glück) S. 432. Die ceteri successores — Schmidt, Jahrbb. d. gem. Rts. IV S. 217, — waren nicht genannt (arg. fr. 8 § 7 h. t.).

6) Ulp. 81 fr. 21 § 3 h. t.

7) Ulp. 81 fr. 21 § 2. 4 h. t.

8) Ulp. 81 fr. 21 § 2. 4 h. t.

9) Ulp. 81 fr. 21 § 4 h. t., Paul. 73 fr. 2 § 1 de stip. praet. (46. 5), Paul. fr. 4 § 2 de V. O. (45. 1). Nicht „a te heredeque tuo", wie Rudorff (Jahrbb. d. gem. Rts. IV S. 144, E. P. § 308) will: vgl. dagegen namentlich Burckhard, a. a. O. S. 431 fgg.

10) Ulp. 81 fr. 2 § 4. 7 h. t., Paul. fr. 12 h. t. Der Gegenbeweis gegen die Existenz der auf quanti ea res est gerichteten Clausel ist m. E. Burckhard, a. a. O. S. 434 fgg., ebenso wenig gelungen, wie Ubbelohde, Zschr. f. C. Rt. u. Pr. N. F. XVIII S. 101 fgg., der Beweis für die Existenz zweier verschiedener Formulare.

11) Ulp. 81 fr. 21 § 2 h. t.

12) Vgl. Hasse, Rhein. Mus. f. Jurispr. III S. 620 fgg., Schmidt (v. Ilmenau), Zschr. f. C. Rt. u. Pr. N. F. VIII S. 22 fgg., Schirmer, Judicialstip. S. 47. 68 fgg., Stölzel, die Lehre v. d. O. N. N. S. 106 fgg., Rudorff, Jahrbb. d. gem. Rts. IV S. 143 fgg., Schmidt (von Ilmenau) ebendas. S. 215 fgg., Ubbelohde, a. a. O. (s. n. 10), Karlowa, Beiträge S. 83 fgg., Burckhard, a. a. O. S. 420 fgg.

13) Fr. 1 § 1 de stip. praet. (46. 5). Die Verwandtschaft zwischen der cautio ex o. n. n. und der cautio iud. solui zuerst hervorgehoben zu haben, ist das Verdienst von Schmidt, a. a. O. Nicht gebilligt werden kann die Art und Weise, wie sich Burckhard, a. a. O. S. 481 fgg. 498 fg. (s. auch Puchta, Instit. § 168), mit der clausula de re iudicata in unserer Caution abfinden.

Bau des Nuntiaten Luft und Licht nimmt, selber, um nur auf seinem eigenen Grundstück existiren zu können, wesentliche bauliche Veränderungen vornehmen, neue Fenster einbrechen, Eingänge verlegen müssen u. s. w.! Soll nun der Nuntiant, nachdem er endlich den Sieg erstritten hat, gezwungen werden können, sich, sei es auch auf Kosten des Nuntiaten, die Restitution des vorigen Zustands gefallen zu lassen? soll das Bauen jetzt wieder von vorne beginnen, soll er sich all den kleinlichen Chicanen aussetzen müssen, die auch der besiegte Gegner ihm noch bei der restitutio bereiten kann? ist es ein ungerechtfertigtes Verlangen, wenn er statt dessen sein Interesse fordern und den nun einmal fertigen Bau des Gegners bestehen lassen will? und kann sich der Gegner, dem so die Zahlung des Interesses zugemutet wird, beklagen, er, der den widerrechtlichen Bau aufgeführt hat, er, der durch die geleistete Caution den Gefahren des Interdictsprozesses entgangen ist? Ich meine, die Antwort auf diese Fragen kann gar nicht zweifelhaft sein. Wollten nun aber die Römer dem siegreichen Nuntianten das Wahlrecht zwischen Restitution und Interesse gewähren, so bedurfte es zu diesem Behufe einer eigentümlich gefassten Caution: denn die cautio P. P. L. V. sah die facultas restituendi des besiegten Beklagten ausdrücklich vor (vgl. § 281), und ebenso tat dies die formula petitoria, mit Beziehung auf welche die cautio iudicatum solui geleistet wurde. So kam es zur Formulirung der cautio ex o. n. n., die dem siegreichen Nuntianten die Wahl lässt, auf Grund der ihm günstigen pronuntiatio de iure die Restitution oder statt dessen, wenn er es vorzieht[1]), sofort sein Interesse zu verlangen. Ob diese Wahlfreiheit nur zustand, wenn der Nuntiant per sponsionem oder auch wenn er per formulam petitoriam prozessirt[2]) und es hier zu einer günstigen pronuntiatio gebracht hatte, will ich dahingestellt sein lassen und bemerke nur, dass ich meinesteils keinen zwingenden Grund für die erstere Annahme sehe[3]); jedenfalls muss ganz energisch auf die Möglichkeit des agere per sponsionem, d. h. einer Prozessart hingewiesen werden, die in der pronuntiatio de iure ihren Abschluss fand und somit dem Prätor in der weitern Gestaltung der Consequenzen des Urteils völlig freie Hand liess[4]). Habe ich in § 72 (S. 150) richtig gesehen, als ich die actio prohibitoria der Byzantiner auf die prohibitorisch gefasste Sponsionsformel des classischen Rechts zurückführte, so ist es beachtenswert, dass die Berechtigung zur operis noui nuntiatio in unsern Quellen immer und immer wieder an das „ius prohibendi" des Nuntianten geknüpft wird[5]): man wird darin ein An-

1) Die Wendung „quod si ita restitutum non erit, (si hoc .... placuerit)" in fr. 21 § 4 ist steif; vermutlich ist sie Ulpianisch und nicht edictal, — ich habe sie daher in die Reconstruction des Formulars nicht aufgenommen. Vgl. auch Schmidt, Jahrbb. d. gem. Rts. IV S. 215 n. 8.

2) Auf letztern Fall bezieht sich fr. 12 h. t. Die Stelle besagt, dass, wenn der Nuntiant per formulam petitoriam prozessirt und es hier bis zur condemnatio treibt, dann die Condemnationssumme das quanti ea res erit der Stipulation bestimmt.

3) Was hinderte den Nuntianten, den Prozess per formulam petitoriam nach erlangter pronuntiatio de iure ruhen zu lassen? A. M. Schirmer, a. a. O. S. 82, Burckhard, a. a. O. S. 485.

4) Merkwürdiger Weise wird die Eventualität des agere per sponsionem von den Schriftstellern über unsere Caution sehr allgemein übersehen, so wieder neuerdings von Burckhard, a. a. O. S. 485 fg.

5) So namentlich auch bei Ulp. 81 fr. 21 pr. h. t.: Stipulatio de operis noui nuntiatione interponi solet, quotiens uicinus dicit ius sibi esse prohibere uicinum opus nouum inuito se facere.

zeichen erkennen dürfen, dass es im regelmässigen Verlauf des Nuntiationsverfahrens nicht zur Erhebung der actio confessoria oder negatoria in Gestalt der petitorischen Formel kam, sondern, wenn nicht zum Interdictsprozess, dann zum agere in rem per sponsionem („*si mihi ius est prohibere te opus nouum q. d. a. inuito me facere*“, vgl. S. 432 n. 5).

§ 292. DE DAMNO INFECTO[1]).

Ulp. 81[2]), Paul. 78[3]), Gai. 28[4]), Iulian. 58[5]).

Rudorff, E. P. § 309, proponirt unter obiger Rubrik zwei Cautionen, die eine de operis uitio, die andere de aedium uitio. Von einer solchen Unterscheidung wissen die Quellen nichts. Die verschiedenen Fälle, die in Ulpians Commentar berücksichtigt werden, sind vielmehr folgende:

1. *Quod in flumine publico ripaue eius opus fit, si quid eius operis uitio damni factum erit*[6]).

2. *Quod aedium loci operisue uitio damnum factum erit*[7]).

3. *Si quid arborum lociue uitio acciderit*[8]).

4. *Si quid eius operis, quod in fundo meo aquae ducendae causa fit, uitio damni datum erit*[9]).

Von diesen vier Fällen wird aber nur der erste, zweite und vierte eigentlich commentirt; der dritte wird mitten im Commentar zum zweiten nur gelegentlich berührt, und es scheint, dass für denselben ein Musterformular nicht proponirt war[10]).

Ich beginne mit dem zweiten Fall, für den wir das vollständigste Material besitzen. Die Caution lautete hier, im Wesentlichen genau, folgender Massen:

> QUOD AEDIUM LOCI OPERISUE *Q. D. A.* UITIO IN AEDIBUS MEIS[11]) INTRA .....[12]) DAMNUM FACTUM ERIT[13]), SI[14]) QUID IBI[15]) RUET SCINDETUR FODIETUR AEDIFICABITUR[16]), QUANTI EA RES ERIT[17]), TANTAM PECUNIAM DARI *DOLUMQUE MALUM ABESSE AFUTURUMQUE ESSE*[18]) *SPONDESNE? SPONDEO*[19]).

1) D. (39. 2).

2) Fr. 24, 26, 28, 30 h. t., fr. 10 quib. ex caus. in poss. (42. 4). Die letzte Stelle kann auch zu § 291 gehören.

3) Fr. 25, 27, 31 h. t.

4) Fr. 2, 29, 32 h. t.

5) Fr. 42 h. t.

6) Ulp. 81 fr. 24 pr. § 1 h. t.

7) Ulp. 81 fr. 24 § 2—ult., fr. 26, 28 h. t.

8) Ulp. 81 fr. 24 § 9 h. t.

9) Ulp. 81 fr. 30 h. t.

10) Die Worte „si quid arborum lociue uitio acciderit“ in fr. 24 § 9 h. t. dürfen auch nicht etwa als Citat von Stipulationsworten aufgefasst werden; es ist nur der Inhalt der Stipulation, der angegeben werden soll, wenn es hier heisst: stipulationem istam, in qua haec comprehenduntur, si quid arborum lociue uitio acciderit. Das „si .... acciderit“ passt als Formularstück ganz und gar nicht zu dem sonst nachweisbaren Wortlaut der Caution. Irrig daher die Reconstruction Schmidts, Zschr. f. C. Rt. u. Pr. N. F. VIII S. 21.

11) Vgl. fr. 39 § 2, 40 § 2 h. t.

12) Fr. 13 § 15, fr. 14, 15 pr. § 1. 31, fr. 18 § 11 h. t.

13) Ulp. 81 fr. 24 § 2—11 h. t. De damno praeterito cf. fr. 7 § 2, fr. 8, 9 pr. § 3, fr. 15 § 28. 34 h. t.

14) Alfen. fr. 43 pr. h. t.: „siue“. Dagegen Pompon. fr. 18 rat. rem. (46. 8): „si“. Vielleicht hiess es zu Alfenus' Zeit: *siue quid ibi ruet siue* rel.: wahrscheinlich aber ist das Citat ungenau, oder es liegt ein Abschreiberversehen vor.

15) Schmidt a. a. O. (s. auch Jahrbb. des gem. Rts. IV S. 215 n. 8): sibi. Dagegen überzeugend: Schirmer, Judicialstipul. S. 70 n. 6.

16) Fr. 18 rat. rem. hab. (46. 8). In den Commentaren haben die Compilatoren das auf diese Worte Bezügliche gestrichen; sie sind in der Tat überflüssig, erinnern übrigens an die Aufzählung im 3ten Kapitel der lex Aquilia und bezeugen das hohe Alter der Caution.

17) Ulp. 81 fr. 28 h. t., Paul. 78 fr. 27 h. t., Gai. 28 fr. 29 h. t. Vgl. ferner: fr. 18 § 10 h. t., fr. 2 § 2 de stip. praet. (46. 5). S. auch: fr. 13 § 1 de S. P. U. (8. 2), fr. 37, 40 pr. h. t.

18) Unerweislich, aber wahrscheinlich.

19) Satisdatio sub exceptione „si L. Titius

Im ersten Fall fehlte die mentio aedium locique[1]) und war, entsprechend dem Edict in fr. 15 § 2 h. t., der dies stipulationis ein decennium. Ferner aber konnte der Promittent hier unmöglich haftbar gemacht werden wegen jedes Schadens, der operis in illo flumine ripaue eius facti uitio eintreten würde; auf diese Weise würde er auch gehaftet haben, wenn das Werk, um das es sich handelte, auf öffentliche Anordnung oder von einem Dritten würde errichtet worden sein[2]). Daher war es notwendig hier die Haftung auf das von dem Promittenten und seinen Rechtsnachfolgern zu errichtende opus zu beschränken, und darauf bezieht sich in fr. 24 pr. der Satz:

> ad ea igitur opera stipulatio pertinet, quaecumque priuatim fiant . . .,

sowie fr. 24 § 1 h. t.:

> Adicitur in hac stipulatione[3]) et heredum nomen uel successorum eorumque ad quos ea res pertinet . successores autem non solum qui in uniuersa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his uerbis continentur.

Diese Worte sind von Schmidt[4]) und Rudorff[5]) missverstanden: sie verkennen ihre Beziehung auf diesen besondern Fall der Stipulation und ziehen sie zu dem pecuniam dari am Schluss des Formulars, so dass sie also den Promittenten zweckloser Weise nicht schlechtweg versprechen lassen, es werde Ersatz geleistet werden, sondern er selbst, seine Erben und sonstigen Successoren (einschliesslich der Singularsucessoren?) würden Ersatz leisten. Rudorff macht sogar dieselben Zusätze auch noch auf Seiten des Stipulanten. Richtig gefasst lautet die Caution in unserm Falle folgender Massen:

> QUOD IN ILLO FLUMINE PUBLICO RIPAUE EIUS A TE HEREDE SUCCESSORE TUO EOUE AD QUEM EA RES PERTINEBIT OPUS *FIET*[6]), QUOD EIUS OPERIS UITIO[7]) IN ANNIS DECEM[8]) DAMNUM FACTUM ERIT[9]), QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI *DOLUMQUE MALUM* rel.

Im vierten oben bezeichneten Fall endlich lautete die Caution nach Ulp. 81 fr. 30 h. t.:

> QUOD EIUS OPERIS, QUOD IN FUNDO MEO AQUAE DUCENDAE CAUSA[10]) FIET, UITIO INTRA . . . . DAMNUM DATUM ERIT, QUANTI EA RES ERIT, rel.

illarum aedium dominus non est": fr. 7 pr., 22 § 1, 31 § 1 h. t., Burckhard, die cautio d. inf. (Forts. v. Glück) S. 471.

1) Ulp. 81 fr. 24 pr. h. t. vgl. Ulp. 53 fr. 15 § 2. 3 eod.

2) Beim opus in priuato factum kann dieser Fall zwar auch vorkommen: aber er ist ein verhältnissmässig seltener, und es begreift sich, dass man ihn im Formular nicht vorsah, sondern es der Interpretation überliess ihn auszuscheiden. Vgl. fr. 24 § 6 h. t.

3) D. h. natürlich: in der Stipulation, von der in fr. 24 pr. die Rede war.

4) a. a. O. Vgl. übrigens denselben, Jahrbb. d. gem. Rechts IV S. 216.

5) Jahrbb. d. gem. R. IV S. 144, E. P. § 309.

6) Fr. 15 § 2 h. t., fr. 1 § 5 de ripa mun. (43. 15). Vielleicht hiess es: *fit fiet.*

7) Ulp. 81 fr. 24 pr. h. t.: quod dictum est „operis uitio" . . . .

8) Fr. 15 § 2 h. t.

9) Wegen der Fassung verweise ich auf die Analogie der vorigen Caution (S. 433), vgl. auch fr. 3 § 11 de itiner. (43. 19). Vielleicht ist beizufügen: in agro meo. Doch war auch mittels Interpretation des quanti ea res erit auszukommen.

10) Ulp. 81 fr. 30 § 2: exempli gratia scriptum est. Fr. 3 § 11 de itin. (43. 19): itineris actusque reficiendi causa.

EDICTUM AEDILIUM CURULIUM[1]).

§ 293. DE MANCIPIIS UENDUNDIS[2]).

Ulp. 1[3]), Paul. 1[4]). 2[5]), Gai. 1[6]). 2[7]).

Ulp. 1 behandelt, soweit erhalten, folgende Stücke des ädilicischen Edicts de mancipiis uendundis:

1) Das in fr. 1 § 1 h. t. überlieferte Edict: fr. 1, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 17, 19, 21, 23 pr.—§ 6 h. t.

2) Die Formeln zu diesem Edict: fr. 23 § 7—ult., fr. 25, 27, 29, 31 pr.—§ 15 h. t.

3) Die actio quanto minoris: fr. 31 § 16 h. t.

4) Die actio in factum ad pretium reciperandum, si mancipium redhibitum fuerit: fr. 31 § 17—19 h. t.

5) De cauendo: fr. 31 § 20 h. t.

6) De natione pronuntianda: fr. 31 § 21 h. t.

7) Si quid ita uenierit, ut, nisi placuerit, redhibeatur: fr. 31 § 22. 23 h. t.

8) Si alii rei homo accedat: fr. 31 § ult., fr. 33, 35 h. t.

9) Ne ueterator pro nouicio ueneat: fr. 37 h. t.

Hiezu tritt:

10) Das edictum aduersus uenaliciarios: Paul. 2 fr. 44 § 1 h. t.

11) Das Strafedict über die Castration: fr. 27 § 28 ad l. Aqu. (9. 2); dasselbe ist wohl ohne Zweifel als Zusatz zu den Edicten de mancipiis uendundis zu denken.

Diese elf Stücke sollen im Folgenden gesondert betrachtet werden.

1) D. (21. 1), C. (4. 58). Ulp. 1. 2, Paul. 1. 2, Gai. 1. 2 ad edictum aedilium curulium. Im index Flor. sind diese Bücher den Commentaren zum prätorischen, bezw. Provinzialedict beigezählt, daher dort der Ulpiansche Commentar 83, der Paulinische 80, der Gaianische 32 Bücher zählt. Vgl. Rudorff, E. P. § 310 n. 1.

2) Gell. N. A. IV 2 § 1: In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis uendundis cautum est. Ausdehnung auf ceterae res: Ulp. 1 fr. 1 pr., fr. 63 h. t., vgl. fr. 49 h. t.

3) Fr. 1, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 17, 19, 21, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 35, 37, 63 h. t., fr. 13 de legib. (1. 3), fr. 31 de pactis (2. 14), fr. 66 [65] de furt. (47. 2) cf. fr. 17 § 1 h. t.

4) Fr. 2, 30, 39, 43 h. t., fr. 9 de alien. iud. mut. (4. 7), fr. 54 de C. E. (18. 1). Fr. 43 cit. handelt im pr. nicht de mancipiis; der übrige Inhalt des fr. 43 ergibt aber, dass das pr. nur eine Zwischenbemerkung enthält.

5) Fr. 44 h. t.

6) Fr. 3, 13, 18, 20, 22, 24, 26, 28, 45 h. t.

7) Fr. 32 h. t.

1.

Ulp. 1 fr. 1 § 1 h. t.

Aiunt aediles[1]): Qui mancipia uendunt[2]), certiores faciant emptores, quid morbi uitiiue[3]) cuique sit, quis fugitiuus[4]) erroue[5]) sit noxaue solutus non sit[6]): eademque omnia, cum ea mancipia uenibunt, palam recte pronuntianto[7]) . quod si mancipium aduersus ea uenisset siue aduersus quod dictum promissumue[8]) fuerit cum ueniret fuisset, quod eius praestari oportere dicetur[9]): emptori[10]) omnibusque ad quos ea res pertinet *in sex mensibus, quibus primum de ea re experiundi potestas fuerit*[11]), iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur[12]), si quid autem post uenditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae[13]) procuratorisue eius factum erit[14]), siue quid ex eo post uenditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in uenditione ei accesserit[15]), siue quid ex ea re fructus peruenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat, item, si quas accessiones ipse praestiterit[16]), ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit[17]), mortis consciscendae sibi causa quid fecerit[18]), inue harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in uenditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis aduersus ea sciens dolo malo uendidisse dicetur, iudicium dabimus[19]).

2.

Das Edict in fr. 1 § 1 h. t. betrifft ausschliesslich das Recht der Redhibition. Es entspringen aus demselben mehrere Klagen — daher redhibitoriae actiones, fr. 19 § 2, 23 § 5 h. t. —, die aber in der Formulirung derart mit einander übereinstimmen, dass Julian in fr. 23 § 7 h. t. doch wieder von einem iudicium redhibitoriae actionis redet. Wie bereits oben[20]) bemerkt, beginnt der Commentar Ulpians zur redhibitorischen Formel bei fr. 23 § 7 h. t.

1) Aeltere Fassung bei Gell. IV 2 § 1.

2) Ulp. 1 fr. 1 § 3—5 h. t.

3) Ulp. 1 fr. 1 § 6—ult., fr. 4, 6, 8, 10, 12, 14 h. t., Paul. 1 fr. 2, 43 pr. eod., Gai. 1 fr. 3, 13 eod. Vgl. ferner: fr. 5, 7, 9, 11, 15, 16 eod., Gell. N. A. IV 2.

4) Ulp. 1 fr. 17 pr.—§ 16 h. t., Paul. 1 fr. 43 § 1—3 eod. Vgl. ferner: fr. 225 de V. S. (50. 16).

5) Ulp. 1 fr. 17 § 14 h. t.

6) Ulp. 1 fr. 17 § 17. 18 h. t. Analoge Ausdehnung: fr. 17 § 19 h. t. Zum ganzen Eingangssatz vgl. noch Cic. de off. III 17 § 71.

7) Aelteres Edict bei Gell. IV 2 § 1.

8) Ulp. 1 fr. 17 § 20, fr. 19 pr.—§ 4 h. t., Gai. 1 fr. 18 h. t. Vgl. fr. 64 § 1, fr. 38 § 10, fr. 47 pr., fr. 52 h. t.

9) Ulp. 1 fr. 19 pr. § 1 h. t. Vgl. Dernburg in den Festgaben für Heffter S. 131. Ueber den Sinn der Clausel s. oben S. 213³.

10) Ulp. 1 fr. 19 § 5, fr. 63 h. t.

11) Das cursiv Gedruckte fehlt in fr. 1 § 1 h. t. Dass es nur durch Versehen ausgefallen, und zwar gerade an dieser Stelle, erweist Ulp. 1 fr. 19 § 6 h. t. Vgl. noch Gai. 1 fr. 20 h. t.

12) Ulp. 1 fr. 21 h. t., Gai. 1 fr. 22 h. t. Die Ausgaben machen hinter redhibeatur mit Unrecht einen Punkt: der Satz, der die vom Kläger zu erfüllenden Voraussetzungen angibt, geht weiter.

13) Fr. 195 § 3 de V. S. (50. 16).

14) Ulp. 1 fr. 23 pr. h. t.

15) Ulp. 1 fr. 23 § 1 h. t.

16) Ulp. 1 fr. 23 § 1 h. t.

17) Ulp. 1 fr. 23 § 2 h. t.

18) Ulp. 1 fr. 23 § 3 h. t., Paul. 1 fr. 43 § 4 h. t.

19) Den Abschluss des Ulpianschen Commentars zum gesammten obigen Edict — fr. 23 § 4—6 h. t. — bilden Bemerkungen über die Zuständigkeit der verheissenen Klagen bei Verkäufen, die ein Sklave, bona fide seruiens, filius familias und die der Erblasser vornahm.

20) S. 435 unter Ziff. 2.

Dass wir es hier in der Tat mit dem Commentar zur Formel zu tun haben, dafür liefert den sprechendsten Beweis der Umstand, dass der Jurist, nachdem er im Commentar zum Edict dieses leztere erledigt und bereits die üblichen abschliessenden Bemerkungen beigefügt hat[1]), nunmehr wieder auf Punkte zu reden kommt, die zu der ersten Verfügung des Edicts gehören und teilweise im Commentar zu demselben bereits behandelt waren[2]).

Behufs Reconstruction der Formel ist von einem wörtlich überlieferten Stück derselben auszugehen[3]), Ulp. 1 fr. 25 § 9 h. t.:

> Praeterea in *formula*[4]) adicitur sic: ET QUANTA PECUNIA PRO EO HOMINE SOLUTA ACCESSIONISUE NOMINE DATA ERIT[5]), NON REDDETUR, CUIUSUE PECUNIAE QUIS[6]) EO NOMINE OBLIGATUS ERIT, NON LIBERABITUR[7]).

Dies Formelstück gibt nach vorwärts und rückwärts festen Anhalt. Offenbar haben wir eine Condemnationsbedingung und zwar ein Stück einer Arbitrarclausel vor uns. Den Fortgang der Formel ergibt Gai. 1 fr. 45 h. t.:

> Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur uenditor . nam si neque pretium neque accessionem soluat neque eum, qui eo nomine obligatus erit, liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur. si uero reddat pretium et accessionem uel eum, qui eo nomine obligatus est, liberet, simpli *iub*etur[8]) condemnari.

Rückwärts aber standen vor jener negativen Condemnationsbedingung, die die Verpflichtungen des Verkäufers enthält, zweifellos, als positive Condemnationsbedingung, diejenigen Formelteile, in denen die Gegenverpflichtungen des Käufers zum Ausdruck kamen. Denn Ulp. 1 fährt in fr. 25 § 10 h. t. fort:

> Ordine fecerunt aediles, ut ante uenditori emptor ea omnia, quae supra scripta sunt, praestet, sic deinde pretium consequatur.

Und damit stimmt auch Ulpians vorausgehender Commentar. In fr. 23 § 9 handelt er von dem Satz:

> si quid ad emptorem peruenit uel culpa eius non peruenit, restitui oportet,

in fr. 25 pr.—§ 7 von dem weitern[9]):

> si quid post uenditionem traditionemque[10]) deterius emptoris opera[11]) familiae procuratorisue[12]) eius factum erit[13]), ... ut . . . . restituat[14]).

1) Vgl. S. 436 n. 19.

2) Vgl. Ulp. 1 fr. 25 pr.—§ 7 mit fr. 23 pr. h. t.

3) Rudorff, E. P. p. 262, hat sich zum Schaden seiner Reconstruction Veränderungen dieses einzigen sicher überlieferten Formelstücks erlaubt.

4) *Dig.:* edicto. Die Interpolation liegt auf der Hand.

5) Ulp. 1 fr. 27 h. t.

6) Nicht etwa in As As zu verbessern: Bürgen!

7) Ulp. 1 fr. 29 § 1 h. t.

8) *Dig.:* uidetur. Auch bei der Lesart uidetur aber halte ich die Auslegung Bechmanns, Kauf I S. 404, für unmöglich. Auf Bechmanns Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Redhibitionsrechts einzugehen, ist hier nicht der Ort. Dass die actio redhibitoria in ihrer ursprünglichen Function lediglich als ein Mittel gedacht war, den Verkäufer zur Eingehung der Garantiestipulation zu zwingen, ist an sich nicht unwahrscheinlich, aus den Commentaren aber nicht mehr zu belegen.

9) Vgl. das Edict in fr. 1 § 1 h. t.

10) Fr. 25 pr. h. t.

11) Fr. 25 § 5 h. t.

12) Fr. 25 § 1—4 h. t.

13) Deterius factum erit: fr. 25 § 6 h. t.

14) Fr. 25 § 7 h. t.

Ohne Zweifel waren demnach **alle** im Edict aufgestellten Verpflichtungen des klagenden Käufers auch in der Formel aufgezählt, was Ulp. 1 fr. 25 § 8 h. t. direct bestätigt[1]):

> Item sciendum est haec omnia, quae exprimuntur edicto aedilium, praestare eum debere, si ante iudicium acceptum facta sint: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur . ceterum post iudicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in iudicio uersatur.......: iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerum officium iucumbit, quaecumque in iudicio uersantur . . . .

Fragt man nun, wie die Aedilen diese Verpflichtungen des Klägers formulirt haben mögen, so liegt es auf der Hand, dass es nicht angeht, sie mit Rudorff (E. P. p. 262) als Stück der intentio zu denken. Rudorff formulirt: *S. p. mancipium q. d. a. . . . . in causa redhibitionis esse . . . . . idque mancipium N° N° redhibitum esse* rel. Wäre dies richtig, so hätte man, um mit der redhibitoria zu siegen, bereits im Moment der Litiscontestation den Verkäufer völlig befriedigt haben müssen und hätte dann abwarten mögen, was man nach erstrittenem Sieg von ihm erlangen konnte. Vielmehr ist klar, dass der Käufer nicht **vor** dem Judicium, sondern **im** Judicium officio iudicis zu redhibiren hatte[2]): die Reihe seiner Verpflichtungen gehört in die Arbitrarclausel, die sich also von allen sonst bekannten dadurch unterscheidet, dass sie Leistungen nicht bloss des Beklagten, sondern auch des Klägers zum Gegenstande hat. Die Quintessenz der Anweisung an den Judex ist einfach die: „wenn du den Redhibitionsanspruch begründet findest und Kläger arbitrio tuo redhibirt, Beklagter aber arbitrio tuo **nicht** restituirt, so u. s. w."

Sehen wir zunächst von der intentio, in welcher der Redhibitionsanspruch zur richterlichen Prüfung gestellt wird, ab, so kann folgende Reconstruction der Formel (Arbitrarclausel und Condemnation) in allem Wesentlichen als sicher gelten:

> *. . . . . si arbitratu tuo*[3]) *is homo N° N° redhibebitur quodque ex eo post uenditionem adquisitum*[4]) *est*[5]) *quodque in uenditione ei accessit siue quid ex ea re fructus peruenit*[6]) *ad A^m A^m siue quid post uen-*

1) Ebenso auch fr. 57 pr. h. t.: non aliter ei uenditor daturus est, quam si omnia praestiterit, quae **huic actioni continentur.** Vgl. auch fr. 34 [35] § 2 de N. G. (3. 5).

2) Das ist keine blosse Vermutung, sondern gewiss, auch quellenmässig gewiss. Vgl. die Stellen der fg. Note.

3) Diese Worte haben sicher nicht gefehlt; das arbitrium iudicis wird von den Juristen in energischster Weise betont — fr. 23 pr., 25 § 8, 29 § 3, 31 § 13, 43 § 9 h. t. — und spielt auch an sich in unserm iudicium eine so ausgedehnte und vielseitige Rolle, dass man kaum annehmen darf, es habe sich ohne positiven Anhalt in der Formel zu solcher Bedeutung entwickelt. Vgl. z. B. fr. 21 § 1—3, 23 § 8, 26, 30 pr. § 1, 31 pr. § 13, 58 pr. § 1 h. t., fr. 17 § 2 de furt. (47. 2).

4) Ulp. 1 fr. 31 § 2—4 h. t. Das Edict hat **natum** adquisitum: ersteres Wort wurde natürlich nur bei Redhibition einer ancilla hinzugefügt, Ulp. 1 fr. 31 § 2 h. t. Die Compilatoren scheinen den Commentar Ulpians zu dieser Clausel aus seiner ursprünglichen Ordnung gerissen zu haben. Er folgt in den Digesten erst hinter dem zur condemnatio.

5) „**Est**", nicht erit und so auch weiterhin „pervenit" u. s. f.: fr. 25 § 8, 31 § 13 h. t.

6) Ulp. 1 fr. 23 § 9 h. t., Paul. 1 fr. 30 pr., 43 § 5 eod. Das „uel culpa eius non peruenit" in fr. 23 § 9 h. t. ist (s. das Edict) ohne Zweifel Interpretation.

ditionem traditionemque deterior A^i A^i opera familiae procuratorisue eius factus est[1]), *ea omnia N^o N^o restituentur*, ET[2]) QUANTA PECUNIA PRO EO HOMINE SOLUTA ACCESSIONISUE NOMINE DATA ERIT, NON REDDETUR, CUIUSUE PECUNIAE QUIS EO NOMINE OBLIGATUS ERIT, NON LIBERABITUR, *quanti ea res erit*[3]), *tantam pecuniam duplam, quod si reddetur liberabiturue, dumtaxat simplam*[4]) *N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

Das hier reconstruirte Formelstück bleibt bei allen redhibitorischen Klagen wesentlich gleichlautend; was sie von einander unterscheidet, ist die intentio. Von den möglichen Intentionen sind zwei annähernd wortgetreu wiederherzustellen. Die eine lautete:

Si quem hominem A^s A^s de N^o N^o emit[5]), *eum paret in ea causa fuisse, ut redhiberi debeat*[6]) . . . .

Diese intentio umfasste alle Fälle der Redhibition wegen nicht angezeigter Mängel[7]), d. h. also alle Fälle, wo die Redhibition unmittelbar auf den Vorschriften des Edicts beruht; vielleicht hatte dieselbe einen nicht überlieferten Zusatz (etwa „ut ex edicto nostro redhiberi debeat"), der dies deutlich machte. Die zweite intentio[8]) ist folgende:

Si quem hominem A^s A^s de N^o N^o emit, eum paret aduersus quod dictum promissumue fuit cum ueniret fuisse[9]), *quod eius praestari oportet*[10]), ...

Eine dritte intentio wird auf Grund des am Schlusse des oben behandelten Edicts genannten Falls anzunehmen sein, und weitere werden uns unten noch begegnen.

An alle diese Intentionen nun schloss sich ungezwungen zunächst die exceptio temporalis an:

neque plus quam sex menses sunt, cum de ea re experiundi potestas fuit[11]).

Und hierauf folgte sofort die Arbitrarclausel „*tum si arbitratu tuo is homo redhibebitur* rel.

Die hier nachgewiesene Formel kann nun mancherlei Modificationen erleiden, mit denen sich, so weit sie eine spezielle Erläuterung forderten, Ulpian in fr. 31 § 5—15 h. t. beschäftigt[12]); dahin gehört z. B. der Fall, wo Käufer oder Verkäufer unter Hinterlassung mehrerer Erben sterben,

1) Ulp. 1 fr. 25 pr.—§ 7 h. t. Die Reihenfolge der Restitutionsobjecte ist nach Ulpians Commentar in der Formel eine andere als im Edict (wo das dort letztgenannte voranstand): wahrscheinlich desswegen, weil das „*siue quid* u. s. w." an ein vorhergehendes „quod" angehängt werden musste.

2) Ulp. 1 fr. 25 § ult. h. t., Gai. 1 fr. 26 h. t., Paul. fr. 57 pr. h. t.

3) Ulp. 1 fr. 29 § 2 h. t.

4) Gai. 1 fr. 45 h. t.

5) Paul. 1 fr. 43 § 9. 10 h. t.

6) Ulp. 1 fr. 31 § 7. 11 h. t. Fr. 58 pr. h. t. (si seruus in causa redhibitionis esse pronuntiatus fuerit), fr. 59 pr. eod. „Fuisse", nicht esse: vgl. fr. 38 pr. extr. h. t. (si . . . . fuerit): es kommt auf den Moment des Verkaufs an.

7) Sollte nur wegen eines Mangels geklagt werden und die redhibitoria wegen anderer Mängel vorbehalten bleiben, so konnte (aber musste nicht) präscribirt werden: arg. Pompon. fr. 48 § 7 h. t.

8) Auf sie bezieht sich Ulp. 1 fr. 31 § 1 h. t.

9) Fr. 47 pr., 52, 64 § 1 ict. fr. 1 § 1 h. t. Fuisse, nicht esse: es kommt auf den Zeitpunkt des Verkaufs, nicht der Litiscontestation an.

10) Vgl. fr. 1 § 1, 19 pr. § 1 h. t.

11) Fr. 55 h. t., vgl. fr. 19 § 6, 48 § 2 h. t.

12) Vgl. auch Paul. 1 fr. 30 § 1 h. t.

der Fall, wo der zu redhibirende Sklave beim Käufer gestorben ist[1]), u. a. m.

Exceptionen betreffend vgl. fr. 14 § 9, 48 § 4, 51 § 1 h. t.

3.

Von der Formel der actio quanto minoris[2]) ist uns (für einen ihrer Anwendungsfälle) bei Gell. N. A. IV 2, 5 ein Stück überliefert. Gellius citirt daselbst aus Cälius Sabinus de edicto aedilium curulium folgende Stelle:

> potest . . . ., qui uitiosus est, non morbosus esse . quamobrem, cum de homine morboso agetur, neque . . . . ita dicetur „quanto ob id uitium minoris erit“.

Cälius Sabinus ist hier nicht ganz genau; die actio wurde nachweislich verheissen und gegeben auf „quanto . . . . id mancipium, cum ueniret, minoris fuit[3])“. Interessant bleiben aber in jenem Bericht die Worte *ob id uitium*[4]). Sie beweisen, dass die intentio der actio quanto minoris nicht so allgemein gefasst war wie die der actio redhibitoria; ohne Zweifel desshalb nicht so allgemein, weil die Frage, aus welchem Grunde geklagt wird, zwar nicht für den Anspruch auf Rücknahme, wohl aber für den Umfang des Preisminderungsanspruchs von Erheblichkeit ist. Gleichwohl darf man sich die Spezialisirung der intentio nicht so weit getrieben denken, dass der Aedil etwa die Bezeichnung des einzelnen Mangels in dieselbe aufgenommen hätte: auf diese Weise hätte in der Erteilung der Formel eine Vorentscheidung über die Erheblichkeit des Mangels gelegen, die von den Aedilen sicherlich nicht beabsichtigt sein konnte, so weit nicht schon ihr Edict selbst spezialisirt hatte. Sie werden sich begnügt haben etwa zu sagen:

> *S. p. homini, quem A^s A^s de N^o N^o emit, uitii quid, cum ueniret, fuisse*[5]) . . . . . . *neque plus quam annus*[6]) *est, cum experiundi potestas fuit, quanto*[7]) *ob id uitium is homo, cum ueniret, minoris fuit*[8]), *tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

Eventuell:

> *s. p. . . . . morbi quid . . . fuisse . . ., quanto ob eum morbum . . . .*

oder

> *s. p. . . . . fugitiuum fuisse . . . ., quanto ob eam rem . . . . .*

1) Hier scheint die Frage, an is homo A^i A^i opera familiae procuratorisue eius demortuus sit, in der Formel irgendwie zur Untersuchung gestellt gewesen zu sein. Vgl. fr. 31 § 11—15, fr. 48 pr. h. t.

2) Gänzlich verunglückt ist hier Rudorffs Reconstruction (E. P. p. 263): dieselbe weist den Judex an, den Beklagten auf den Minderwert des Sklaven zu verurteilen, ohne die Berechtigung des klägerischen Begehrens irgendwie zur Untersuchung zu stellen. Der Name aestimatoria actio gehört, dies sei hier gelegentlich bemerkt, nicht dem Edict an, arg. fr. 18 pr., 43 § 6 h. t.

3) Fr. 25 § 1 de exc. r. iud. (44. 2) vgl. fr. 38 pr. h. t.

4) Vgl. dazu fr. 31 § 16 h. t., fr. 32 § 1 de euict. (21. 2).

5) Hier ist etwa einzufügen: *quod N^s N^s aduersus edictum nostrum non pronuntiauit.* Die genauere Fassung der intentio ist aber nicht zu ermitteln.

6) Fr. 19 § 6, 48 § 2 h. t., c. 2 h. t.

7) Die Bezeichnungen quanto und quanti wechseln ab; vgl. einerseits z. B. fr. 25 § 1 de exc. r. iud. (44. 2), fr. 47 pr. h. t., fr. 32 § 1 de euict. (21. 2), andererseits z. B. fr. 18 pr., 19 § 6, 31 § 16, 43 § 6 h. t., c. 2 h. t., endlich fr. 38 § 13 h. t., wo sich beide Casus finden.

8) Rudorff setzt unüberlegt „fuerit“, welches Tempus in das Edict (s. fr. 38 pr. h. t.), aber eben desshalb nicht in die Formel passt.

u. dgl. m. Mit diesem an die Edictsworte sich anschliessenden Grad der Spezialisirung stimmt auch die Ausdrucksweise in fr. 31 § 16 h. t., fr. 32 § 1 de euict. (21. 2).

4.

Ulp. 1 fr. 31 § 17 h. t.:

In factum actio competit ad pretium reciperandum, si mancipium redhibitum fuerit: in qua non hoc quaeritur, an mancipium in causa redhibitionis fuerit, sed hoc tantum, an sit redhibitum ....: nec de tempore quaeretur, an intra tempora redhibitus esse uideatur.

Hier lautet demnach die intentio kurzweg:

Si quem hominem As As de No No emit, eum paret No No redhibitum esse[1]).

Die exceptio temporalis fiel weg. Von der Arbitrarclausel blieb aber nicht nur der die Pflichten des Beklagten angehende Teil stehen, sondern auch zu Lasten des Klägers das: „*si, quod in uenditione ei* (*homini*) *accessit, No No restituetur*[2])“. Die condemnatio lautete nach Ulpians Bericht nur in simplum.

5.

Gai. 1 fr. 28 h. t.:

Si uenditor de his, quae edicto aedilium continentur, non caueat, pollicentur aduersus eum redhibendi iudicium intra duos menses uel quanti emptoris intersit intra sex menses.

Ulp. 32 fr. 37 § 1 de euict. (21. 2):

Quod autem diximus duplam promitti oportere[3]) ....: per edictum autem curulium etiam de seruo cauere uenditor iubetur.

M. E. verlangen die Aedilen von dem Verkäufer hienach ein Doppeltes:

1. Caution für die Abwesenheit der nicht angezeigten Mängel und das Vorhandensein der zugesagten Vorzüge, d. h. einfach: *sanum, furtis noxaque solutum esse, fugitiuum non esse* u. s. w., nicht etwa Versprechen des Doppelten für den Fall des Gegenteils[4]). Für letztere Annahme gewähren die Quellen keinen Anhalt[5]); für erstere Fassung sprechen übereinstimmende Zeugnisse[6]) und namentlich auch die inschriftliche Ueberlieferung der siebenbürgischen Wachstafeln (s. unten § 296). Ein Beispiel der Fassung in duplum ist uns nicht erhalten.

2. Stipulatio duplae[7]) für den Fall der Eviction: davon handelt Ulp. in fr. 37 § 1 de euict.

Da nun aber beide Stipulationen in ein Formular zusammengefasst waren (s. § 296), so führt das Ganze den Namen stipulatio duplae; und daher erklärt sich, dass Paulus in fr. 58 § 1 h. t. von einer Klage de pretio redhibiti serui (also auf das Einfache) redet, die er gleichwohl als aus der stipulatio duplae

1) Ulp. 1 fr. 31 § 18 h. t.

2) Ulp. 1 fr. 31 § 19 h. t. Die weitern Ansprüche des Verkäufers gelten als durch die freiwillige Rücknahme erloschen.

3) Scil.: si res euicta fuerit (fr. 37 § 2 cit.).

4) S. auch Windscheid, Pand. § 394 n. 17.

5) Auch Theophil. inst. III 18 § 2 bezeichnet das Versprechen des duplum nur als eine Möglichkeit, nicht einmal als üblich.

6) Fr. 31 i. f., fr. 32 pr. de euict. (21. 2), c. 14 de A. E. V. (4. 49), fr. 32 h. t.

7) Simplae nur auf Grund besondern Verzichts des Käufers: Varro de r. r. II 10 § 5.

abfliessend bezeichnet. Auf die duplae stipulatio in diesem umfassenden Sinn geht auch Ulp. 1 fr. 31 § 20 h. t.:

> Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam uenditor mancipii non caueat . . . . .

Das Stipulationsformular selbst war erst am Schlusse des ädilicischen Edicts proponirt. Die Formeln der von Gaius l. c. bemeldeten Klagen sind nicht überliefert. Die intentio lautete aber ohne Zweifel:

> *S. p.* N^m N^m . . . . *non cauisse neque plus quam duo* (*sex*) *menses sunt* rel.

Im Weitern ist hinsichtlich der redhibitoria auf die oben reconstruirte Formel zu verweisen[1]); die aestimatoria aber ging wohl auf *quanti ea res erit*[2]), und gewiss nicht, wie Rudorff will, auf *quanti* A^i A^i *interest* N^m N^m *non cauisse.* Zu vermuten steht, dass die Formel durch Arbitrarclausel dem Beklagten die Möglichkeit eröffnete, noch während des Prozesses die Caution nachzuholen.

6.

Ulp. 1 fr. 31 § 21 h. t.:

> Qui mancipia uendunt, nationem cuiusque in uenditione pronuntiare debent . . . . quod si de natione ita pronuntiatum non erit, iudicium emptori omnibusque ad quos ea res pertinebit dabitur, per quod emptor redhibet mancipium[3]).

Vgl. C. I. L. III 941 (s. unten § 296):

> Dasius Breucus emit mancipioque accepit puerum Apalaustum . . . . . . natione Graecum . . . .

7.

Ulp. 1 fr. 31 § 22. 23 h. t.:

> Si quid ita uenierit, ut, nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conuentio rata habetur: si autem de tempore nihil conuenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accommodatur emptori ad redhibendum . . . . Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeteriit, causa cognita iudicium dabitur.

Cf. fr. Vat. 14:

> . . . . iudicium ab aedilibus in factum de reciperando pretio mancipii redditur, quia displicuisse proponitur[4]).

Die Fassung muss, bis auf das Vorhandensein der gewöhnlichen Arbitrarclausel — cf. Ulp. 1 fr. 31 § 24 h. t. —, dahingestellt bleiben.

8.

Gai. 2 fr. 32 h. t.[5]):

> . . . sicut superius uenditor de morbo uitioue et ceteris quae ibi comprehensa sunt praedicere iubetur, et praeterea in his causis non esse

1) Cf. Ulp. 1 fr. 31 § 24 h. t.

2) D. h. i. d. R. dem Erfolg nach auf Preisminderung, vgl. Bechmann, der Kauf I S. 406 n. 1. Die Bedenken Bechmanns gegen die Authenticität der Digestenüberlieferung kann ich nicht als entscheidend ansehen.

3) Ulp. 1 fr. 31 § 24 h. t.

4) S. auch noch c. 4 h. t.

5) Vgl. Ulp. 1 fr. 31 § 25, fr. 33, 35 h. t., Paul. 2 fr. 44 pr. h. t.

mancipium ut promittat praecipitur: ita et cum accedat alii rei homo, eadem et praedicere et promittere compellitur . . . . .

Paul. 2 fr. 44 pr. h. t.:

Iustissime aediles noluerunt hominem ei rei quae minoris esset accedere[1]) . . . .

9.

Ulp. 1 fr. 37 h. t.:

Praecipiunt aediles, ne ueterator pro nouicio ueneat[2]) . . . . . si quid ignorante emptore ita uenierit, redhibebitur[3]).

10.

Paul. 2 fr. 44 § 1 h. t.:

Proponitur actio ex hoc edicto in eum, cuius maxima pars in uenditione fuerit, quia plerumque uenaliciarii ita societatem coeunt, ut, quidquid agunt, in commune uideantur agere: aequum enim aedilibus uisum est uel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere . . . .: nam id genus hominum ad lucrum [potius] uel turpiter faciendum pronius est.

Rudorff fasst dies Fragment als Commentar zu dem Edict des fr. 1 § 1 h. t. (E. P. § 310[9]) und schiebt demgemäss in dies Edict vor die Worte *iudicium dabimus* die Worte ein: *in eum cuius maxima pars in uenditione fuit.* Offenbar aber haben wir es hier vielmehr mit einem besondern Edict aduersus uenaliciarios zu tun, wie, ganz abgesehen vom Inhalt, schon daraus hervorgeht, dass Paulus dasselbe erst lib. 2 erörtert, während das Edict des fr. 1 § 1 bei ihm im ersten Buche figurirt. Auch scheinen Edictsworte nicht die von Rudorff recipirten, sondern die oben hervorgehobenen zu sein.

11.

Ulp. fr. 27 § 28 ad l. Aqu. (9. 2):

. . . . . si puerum quis castrauerit et pretiosiorem fecerit[4]), ... iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium [aut][5]) in quadruplum.

Das hier erwähnte Edict scheint eine Popularstrafklage angeordnet zu haben[6]).

1) D. h. auch wenn die Parteien solches bestimmt haben, so entscheidet doch die etwaige edictswidrige Beschaffenheit des Sklaven über das Schicksal des Kaufs (gilt demnach die res minoris pretii als accessio des homo).

2) Vgl. Venulei. fr. 65 § 2 h. t., Quinctil. instit. orat. VIII 2 § 8: accipimus . . . . . „uenales" nouicios.

3) Die Stellung dieses Edicts, wie sie sich aus der Ordnung in Ulpians Commentar ergibt, ist auffallend: man möchte dasselbe am liebsten gleich zu den ersten stellen. Allein das ädilicische Edict ist überhaupt in den Einzelheiten nicht systematisch geordnet.

4) Vgl. c. 3 § 1 comm. de legat. (6. 43). Damit steht fr. 38 § 7 h. t. (sunt quaedam, quae in hominibus morbum faciunt, in iumentis non adeo, ut puta si mulus castratus est) natürlich nicht in Widerspruch. Man beachte übrigens, dass im Commentar zu dem Wort morbus (in fr. 1 § 1) zwar der spado, nicht aber ausdrücklich der castratus erwähnt wird, vgl. fr. 6 § 2, fr. 7 h. t.

5) Aut fehlt in den Basiliken (Heimb. V p. 297): καὶ τῷ παραγγέλματι τῶν ἀγορανόμων εἰς τὸ τετραπλοῦν.

6) Andere hieher gehörige gesetzgeberische Massregeln betr. vgl. fr. 4 § 2, fr. 5, 6 ad l. Corn. de sic. (48. 8). S. ferner Sueton. Domitian. c. 7, Quinctil. instit. or. V 12 § 17, Amm. Marc. 18, 4 § 5 u. A. m.

§ 294. *DE IUMENTIS UENDUNDIS.*

Ulp. 2[1]), Paul. 2[2]).

Ulp. 2 fr. 38 pr. § 5 h. t.:

Aediles aiunt: QUI IUMENTA[3]) UENDUNT, PALAM RECTE DICUNTO, QUID IN QUOQUE EORUM MORBI UITIIQUE[4]) SIT[5]), UTIQUE OPTIME ORNATA UENDENDI CAUSA[6]) FUERINT, ITA EMPTORIBUS TRADANTUR[7]). SI QUID ITA FACTUM NON ERIT, DE ORNAMENTIS RESTITUENDIS IUMENTISUE ORNAMENTORUM NOMINE REDHIBENDIS[8]) IN DIEBUS SEXAGINTA, MORBI AUTEM UITIIUE CAUSA INEMPTIS FACIENDIS IN SEX MENSIBUS, UEL QUO MINORIS CUM UENIRENT FUERINT[9]), IN ANNO IUDICIUM DABIMUS. SI IUMENTA PARIA SIMUL UENIERINT ET ALTERUM IN EA CAUSA FUERIT, UT REDHIBERI DEBEAT, IUDICIUM DABIMUS, QUO UTRUMQUE REDHIBEATUR[10]). (§ 5) QUAE DE IUMENTORUM SANITATE DIXIMUS, DE CETERO QUOQUE PECORE OMNI UENDITORES FACIUNTO.

Die redhibitorischen und ästimatorischen Formeln aus diesem Edict entsprachen ohne allen Zweifel durchaus denjenigen aus dem Edict de mancipiis. Es waren deren im Ganzen vier: die actio redhibitoria propter morbum uitiumue, die actio quanto minoris propter morbum uitiumue, die actio de ornamentis restituendis[11]), die actio de iumentis ornamentorum nomine redhibendis[12]) (letztere beide doch wohl als getrennte Klagen zu denken).

Commentare zu den Formeln liegen nicht vor; doch ist ein Stück der intentio der beiden letzterwähnten Klagen in fr. 38 § 11 h. t. überliefert:

.... cum de ornamentis agitur, in *formula*[13]) adiectum est: UENDENDI CAUSA ORNATA DUCTA ESSE.

§ 295. *DE FERIS.*

Ulp. 2[14]), Paul. 2[15]).

Ulp. 2 fr. 40 § 1, fr. 42 h. t.:

Deinde aiunt aediles: NE QUIS CANEM, UERREM UEL *MAIALEM*[16]), APRUM, LUPUM, URSUM, PANTHERAM, LEONEM[17]), (fr. 42) QUA UOLGO ITER FIET, ITA HABUISSE UELIT, UT CUIQUAM NOCERE DAMNUMUE DARE POSSIT.

1) Fr. 38, 40 pr. h. t.

2) Fr. 74 de V. S. (50. 16).

3) Ulp. 2 fr. 38 § 4—6 h. t.

4) Ulp. 2 fr. 38 § 7—9 h. t.

5) Von dicta und promissa war in diesem Edict nicht die Rede: arg. Ulp. 2 fr. 38 § 10 h. t.

6) Ulp. 2 fr. 38 § 11 h. t., Paul. 2 fr. 74 V. S. (50. 16).

7) Zur Lesart *tradantur* vgl. den Apparat bei Mommsen, der selbst *tradentur* liest und (nach Haloander) *traduntor* vermutet.

8) Ulp. 2 fr. 38 § 12 h. t.

9) Ulp. 2 fr. 38 § 13 h. t.

10) Ulp. 2 fr. 38 § 14, fr. 40 pr. h. t.

11) Diese ohne Zweifel arbiträr mit Condemnation auf quanti ea res erit. Anders jedoch Rudorff, E. P. § 311.

12) Hier nach dem richtig verstandenen Edict keine actio quanto minoris, auch keine auf das Interesse, wie Rudorff, E. P. § 311, ohne allen Anhalt in den Quellen annimmt.

13) *Dig.* et in actione et in edicto. Die Interpolation ist offenbar. Das Edict hat die citirten Worte nicht; auch passt das „in edicto adiectum est" nicht zu dem vorausgehenden „cum .... agitur".

14) Fr. 40 § 1, fr. 42 h. t.

15) Fr. 41 h. t.

16) *D.* minorem. Vgl. Huschke, z. Pandektenkritik S. 52.

17) Hier ist in den Digesten Paul. 2 fr. 41 h. t. eingeschoben:

et generaliter aliudue quod noceret animal, siue soluta sint siue alligata, ut contineri uinculis, quo minus damnum inferant, non possint.

Bruns in den fontes hat richtig erkannt, dass

Hier hört das Citat auf und beginnt ein, dem Edictswortlaut sich übrigens eng anschliessendes Referat:

> si aduersus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, *sestertiorum ducentorum milium*[1]), si nocitum homini libero esse dicetur[2]), quanti bonum aequum iudici uidebitur, condemnetur[3]), ceterarum rerum, quanti damnum datum factumue sit, dupli.

Vgl. § 1 I. si quadrupes (4. 9), Paul. sent. I 15 § 2.

Die Formeln waren ohne Zweifel blosse Umschreibungen des Edicts.

§ 296. *STIPULATIO AB AEDILIBUS PROPOSITA*[4]).

Ulp. 2[5]), Paul. 2[6]), Gai. 2[7]).

Für die Reconstruction der von den Aedilen proponirten stipulatio duplae[8]) gewähren den zuverlässigsten Anhalt die aus der Zeit des Antoninus Pius, also kurz nach der Publication des Hadrianischen Albums, stammenden Urkunden über dieselbe, die auf den Siebenbürgischen Wachstafeln erhalten sind, Urkunden, deren Uebereinstimmung mit dem Formular des ädilicischen Edicts durch die Quellen in allen wesentlichen Punkten bestätigt wird[9]). Ich drucke im Folgenden die Urkunde C. I. L. III p. 941 (Bruns, fontes ed. IV p. 205) unter Beifügung der Belege ab; zum Eingang derselben sei bemerkt, dass die erfolgte Mancipation im ädilicischen Formular gewiss ebenso wenig wie im ädilicischen Edict erwähnt war; es ist umgekehrt wahrscheinlich, dass die ädilicische Stipulation, so weit sie den Evictionsfall betraf, ihren Ausgangspunkt von denjenigen Käufen genommen hat, bei denen die Mancipation unterblieben war und daher die civile auctoritas nicht stattfand[10]).

> Dasius Breucus emit mancipioque accepit puerum Apalaustum, siue is quo alio nomine est, n(atione) Graecum, apocatum[11]) pro uncis duabus, X DC de Bellico Alexandri, f(ide) r(ogato) M. Vibio

diese allgemein als Edictswortlaut angeführten Worte blosse Interpretation sind. Von anderm abzusehen: was sollte im Edict das „siue soluta sint u. s. w." neben dem in fr. 42 h. t. überlieferten „ita habuisse uelit, ut cuiquam nocere damnumue dare possit"? Vgl. auch das Referat in § 1 I. si quadrupes (4. 9).

1) *Dig.* solidi ducenti (*sic*).

2) Vgl. Dernburg, Festgaben für Heffter S. 132.

3) Im Edict hiess es: iudicium dabimus, ut .... condemnetur. Vgl. etwa fr. 3 pr. de sep. uiol. (47. 12).

4) Fr. 31 i. f., fr. 32 pr., fr. 37 § 1 de euict. (21. 2), fr. 5 pr. de V. O. (45. 1), § 2 I. de diu. stip. (3. 18).

5) Fr. 55 de euict. (21. 2).

6) Fr. 35, 41, 56 eod., fr. 55 de C. E. (18. 1), fr. 48 ad l. Falc. (35. 2).

7) Fr. 57 de euict. (21. 2).

8) Paul. 2 fr. 56 pr. de euict.: Si dictum fuerit uendendo, ut simpla promittatur, uel triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto ..... agi poterit. Beispiele von stipulatio simplae: C. I. L. III p. 944, 959.

9) Zu Varro's Zeit bestand wahrscheinlich schon dasselbe oder ein ähnliches Formular, vgl. de R. R. II 10 § 5: in horum (seruorum) emptione solet .... stipulatio intercedere sanum eum esse, furtis noxisque solutum, aut si mancipio non datur (*scr.:* si mancipio non datur, aut) dupla promitti aut, si ita pacti, simpla. Vgl. eod. II 2, 6. II 5, 11. Die bei Plautus (Curc. IV 2, 4 sq., V 2, 67 sq., V 3, 31 sq.) vorkommenden Cautionen (sie machen den Eindruck, als ob sie der Praxis entnommen wären) sind dagegen abweichend formulirt. Die Urkunden aus dem 6ten Jahrh. n. Chr. (bei Spangenberg, tab. neg. p. 236 sqq.) enthalten bei all ihrer Weitschweifigkeit doch noch mancherlei Reminiscenzen an das ädilicische Formular.

10) Varro, de R. R. l. c. (s. n. 9). Vgl. oben S. 428 n. 6.

11) Vgl. Mommsen, C. I. L. l. c.

Longo. Eum puerum[1]) sanum[2]) traditum[3]) esse, furtis noxaque solutum, erronem, fugitiuum[4]), caducum[5]) non esse praestari[6]), et si quis eum puerum q. d. a. partenue[7]) quam quis ex eo euicerit[8]), q(uo) m(inus) emptorem s(upra) s(criptum) eunue, ad q(uem) ea res pertinebit[9]), uti frui[10]) habere possidereq(ue) recte liceat[11]), tunc, quantum id erit, quod ita ex eo euictum fuerit[12]), t(antam) p(ecuniam) duplam[13]) pro(bam)[14]) r(ecte) d(ari)[15]) f(ide) r(ogauit) Dasius Breucos, d(ari) f(ide) p(romisit[16]) Bellicus Alexandri.

Im Original tritt dieser Stipulation noch ein Bürge (Vibius Longus) bei und bescheinigt der Verkäufer den Empfang des Kaufpreises: im proponirten Formular stand beides nicht[17]).

Denuntiation forderte, wie man sieht, das Formular vom Käufer nicht. Was die Commentare darüber enthalten[18]), ist Interpretation.

1) De fundo ex consuetudine regionis pro euictione cauetur: fr. 6 de euict. (21. 2).

2) Fr. 44 § 2 de aed. ed. (21. 1), fr. 16 § 2, fr. 31 de euict. (21. 2), fr. 45 § 1 de legat. I.

3) Fr. 44 § 2 i. f. de aed. ed. (21. 1), vgl. fr. 27 de A. E. V. (19. 1), fr. 61, 62 pr. de euict. (21. 2), Paul. sent. II 17 § 2.

4) Varro, de R. R. II 10 § 5, Seneca, controu. VII, 21 (Bursian p. 227). Fr. 31, 32 pr. de euict. (21. 2), fr. 3, 11 § 1 eod., fr. 44 § 2, 46, 58 § 1 de aedil. ed. (21. 1), fr. 45 § 1 de legat. I.

5) Dies Wort fehlte im ädilicischen Formular.

6) Fr. 31 de euict. (21. 2), fr. 200 de V. S. (50. 16).

7) Paul. 2 fr. 56 § 2 de euict. (21. 2): partis adiectio necessaria est. Vgl. fr. 36 eod.

8) Ulp. 2 fr. 55 de euict. (21. 2), Paul. 2 fr. 35, 41 pr. § 1, 56 § 1 eod. Fr. 21 § 1, 16 § 1 eod.

9) Cf. fr. 1 § 1 de aed. ed. (21. 1).

10) Cf. fr. 43, 46 pr. de euict. (21. 2), Stellen, die aber ursprünglich nicht auf die stipulatio duplae gingen. S. auch fr. 49 eod.

11) Gai. 2 fr. 57 de euict. (21. 2), Paul. 2 fr. 41 § 2 eod. Fr. 21 § 2, 24, 25, 34 § 1. 2 eod., fr. 38 pr. § 9 de V. O. (45. 1).

12) Fr. 13, 15 § 1 de euict. (21. 2). S. auch fr. 53 pr. eod., welche Stelle aber auf die satisdatio secundum mancipium geht. Vgl. oben S. 429.

13) Vgl. S. 445 n. 8.

14) Cf. fr. 40 de R. C. (12. 1), fr. 24 § 1 de pign. act. (13. 7), Plaut. Persa IV 3, 57.

15) Hier folgte im Formular die doli clausula. Vgl. fr. 21 pr. de euict. (21. 2).

16) Im Formular wohl: *stipulatus est*, ... *spopondit*," oder „*spondesne? spondeo*".

17) Die Bürgschaft war von den Aedilen nicht vorgeschrieben: stipulatio duplae repromissio est, nisi si conuenerit, ut satisdetur. Ulp. fr. 1 § 8 de stip. praet. (46. 5), fr. 37 pr. § 1, fr. 56 pr. de euict. (21. 2).

18) Ulp. 2 fr. 55 § 1, Paul. 2 fr. 56 § 4—7 de euict. (21. 2).

Verzeichniss fehlerhafter Inscriptionen.

	Falsche Inscription	Richtige Inscription	Seite
Fr. 5 quod cuiusc. uniu. (3. 4)	Ulp. VIII	Ulp. VIIII	80
Cit. fr. 9 § 5 quod metus causa (4. 2)	Iul. III	Iulian. IIII	90[6]
Fr. 10 de alien. iud. mut. causa (4. 7)	Ulp. XII	Paul. XII	101[5]
Fr. 63 de iudic. (5. 1)	Ulp. XXXXVIIII	Ulp. LVIIII	333[7]
Fr. 1 si pars hered. (5. 4)	Ulp. V	Ulp. XV	140[6]
Fr. 14 de R. V. (6. 1)	Paul. XX	Paul XXI?	137[7]
Fr. 68 de R. V. (6. 1)	Ulp. LI	?	294[3]
Cit. fr. 8 de usuf. adcresc. (7. 2)	Iul. XXX	Iul. XXXV	295[1]
Fr. 10 usufruct. quemadm. cau. (7. 9)	Paul. XXXX	Paul. XXXXVII	296[5]
Fr. 6 si mensor (11. 6)	Paul. XXIIII	Paul. XXV	172[3]
Fr. 6 de iureiur. (12. 2)	Paul. XVIIII	Paul. XVIII	116[5]
Fr. 4 de cond. c. d. c. n. s. (12. 4)	Ulp. XXXVIIII	Ulp. XXVIIII	229[2]
Fr. 13 de pign. act. (13. 7)	Ulp. XXXVIII	Ulp. XXVIII	201[2]
Fr. 25 eod. (13. 7)	Idem XXXI	Paul. XXXI	232[4]
Fr. 4 de exerc. act. (14. 1)	Ulp. XXVIIII	Ulp. XXVIII	203[2]
Fr. 8 de trib. act. (14. 4)	Iul. XI	Iul. XII	215[5]
Fr. 46 de péculio (15. 1)	Paul. LX	Paul. LXII	344[2]. 351[3]
Fr. 11 de compens. (16. 2)	Idem XXXII	Paul. XXXII	236[8]
Fr. 3 depos. (16. 3)	Ulp. XXXI	Ulp. XXX	230[2]
Cit. fr. 6 § 6 mand. (17. 1)	Iul. XIII	Iul. XIIII	235[8]
Cit. fr. 14 pr. mand. (17. 1)?	Iul. XIII	Iul. XIIII?	235[8]
Fr. 27 mand. (17. 1)	Gai. VIIII	Gai. X?	235[7]
Fr. 70 pro socio (17. 2)	Paul. XXXIII	Paul. XXXII	236[8]
Cit. fr. 4 § 4 de in diem add. (18. 2)	Iul. LXXXVIII	Iul. XXXXVIII	387[5]
Fr. 44 locati (19. 2)	Ulp. VII	Ulp. XVII	65[1]. 151[2]
Fr. 2 de aestimat. (19. 3)	Paul. XXX	Paul. XXXII	237[11]
Cit. fr. 5 § 13 de I. D. (23. 3)	Iul. XVIIII	Iul. XVIII	242[8]
Fr. 17 de act. rer. amot. (25. 2)	Ulp. XXX	Ulp. XXXIIII	245[7]
Fr. 1 de inspic. uentre (25. 4)	Ulp. XXIIII	Ulp. XXXIIII	249[5]
Fr. 10 de adm. et per. tut. (26. 7)	Ulp. XXXXVIIII	Ulp. LVIIII	333[1]
Fr. 17 de auct. et cons. (26. 8)	Paul. VI	Paul. XVI?	68
Fr. 9 de tut. et rat. distr. (27. 3)	Ulp. XXV	Ulp. XXXV	252[6]
Fr. 5 de iure delib. (28. 8)	Ulp. LXX	Ulp. LX	335[3]
Fr. 16 de a. u. o. h. (29. 2)	Ulp. XXIIII	Ulp. XXV	181[2]
Fr. 19 de a. u. o. h. (29. 2)	Paul. LVIIII	Paul. LVIII?	343[2]
Fr. 56 de a. u. o. h. (29. 2)	Ulp. LVII	Paul. LVII	335[4]
Fr. 7 test. quemadm. aper. (29. 3)	Gai. VII	Gai. XVII	290[14]
Fr. 76 de legat. III (32)	Ulp. II	Ulp. LII?	44[5]
Cit. fr. 3 § 3 de lib. leg. (34. 3)	Iul. XXXII	Iul. XXXIII	295[1]
Fr. 71 ad leg. Falc. (35. 2)	Paul. XXXII	Paul. XXXIII	239[5]
Cit. fr. 20 quando dies (36. 2)	Iul. XXX	Iul. XXXVI	290[3]
Fr. 11 ut legator. (36. 3)	Gai. XIII	Gai. XVIII	297[5]

	Falsche Inscription	Richtige Inscription	Seite
Fr. 4 de b. p. s. t. (37. 11)	Ulp. XXXXII	Ulp. XXXXI	277[12]
Fr. 3 de bon. lib. (38. 2)	Ulp. XXXXI	Ulp. XXXXII	278[11]
Fr. 1 si tab. test. nullae (38. 6)	Ulp. XXXXIIII	Ulp. XXXXVI	283[10]
Fr. 17 de o. n. n. (39. 1)	Paul. LVII	Paul. LXVII	387[4]
Fr. 21 de o. n. n. (39. 1)	Ulp. LXXX	Ulp. LXXXI	431[2]
Fr. 2 de reb. auct. iud. (42. 5)	Paul. LIIII	Paul. LVIII	340[4]
Fr. 13 eod.	Gai. XXIII	Gai. XXIIII?	341[16]
Fr. 1 ne uis fiat ei (43. 4)	Ulp. LXXII	Ulp. LXII	341[8]
Fr. 5 de itin. actuque (43. 19)	Ulp. XX	Ulp. LXX	383[11]
Fr. 5 quod ui aut clam (43. 24)	Ulp. LXX	Ulp. LXXI	387[3]
Fr. 17 quod ui aut clam (43. 24)	Idem LXVIIII	Ulp. LXVIIII	370[9]
Fr. 2 de Salu. interd. (43. 33)	Ulp. LXX	Ulp. LXXIII	393[7]
Fr. 4 de exc. r. iud. (44. 2)	Ulp. LXXII	Ulp. LXXV	403[10]
Fr. 60 de O. et A. (44. 7)	Ulp. XVII	Ulp. XVIII	154[2]
Fr. 69 de V. O. (45. 1)	Ulp. VI	Ulp. VII	61[2]. 65[1]
Fr. 79 de V. O. (45. 1)	Ulp. LXX	Ulp. LXXI	389[5]
Fr. 1 de stip. praet. (46. 5)	Ulp. LXX	Ulp. LXXVII	407
Cit. fr. 14 § 1 de furt. (47. 2)	Iul. XXIII	Iul. XXII	259[9]
Fr. 3 si is qui test. (47. 4)	Ulp. XIII	Ulp. XXXVIII	266[2]
Fr. 2 si fam. furt. fec. dic. (47. 6)	Iul. XXIII	Iul. XXII	267[9]
Fr. 2 de iniur. (47. 10)	Paul. L	Paul. LV	320[4]
Fr. 4 de iniur. (47. 10)	Paul. L	Paul. LV	320[4]
Fr. 15 de iniur. (47. 10)	Ulp. LXXVII	Ulp. LVII	320[3]
Fr. 16 de iniur. (47. 10)	Paul. XXXXV	Paul. LV	320[4]
Cit. fr. 1 § 14 quando appellandum (49. 4)	Iul. XXXX	Iul. XXXXV?	333[2]. 295[1]
Fr. 73 de V. S. (50. 16)	Ulp. LXXX	Ulp. LXXXI?	430
Fr. 47 de R. I. (50. 17)	Ulp. XXX	Ulp. XXXI	236[7]
Fr. 162 de R. I. (50. 17)	Paul. LXX	?	403[11]
Fr. 163 de R. I. (50. 17)	Ulp. LV	Ulp. LIII?	300[3]

Register.

Die grössern Ziffern bezeichnen die Seitenzahlen, die kleinern die Noten.

OFFICIN DER VERLAGSHANDLUNG.

April 1883.

Im gleichen Verlage sind erschienen und durch alle Sortimentsbuchhandlungen zu beziehen:

OFFICIN DER VERLAGSHANDLUNG.



